jur 1

Die Ausschließlichkeitsklausel in Handelsvertreterverträgen unter besonderer Berücksichtigung des § 18 GWB

von

RAIMUND BIRKHAHN

1961

Die Ausschließlichkeitsklausel in Handelsvertreterverträgen unter besonderer Berücksichtigung des § 18 GWB

Dissertation
zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechte
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Hamburg

vorgelegt von

Raimund Birkhahn

aus Hamburg

Hamburg 1961

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gutachter: Professor Dr. Würdinger

Mitgutachter: Professor Dr. Möller

Tag der mündlichen Prüfung: 7. Juli 1961

Fotodruck: Mikrokopie G.m.b.H. München 2, Weinstr. 4

G l i e d e r u n g

Seite

Einleitung: Grund und Gegenstand der Untersuchung 1

Hauptteil:

A. Die Ausschließlichkeitsklausel 3

I. Abschnitt: Begriffsbestimmung 3

1. Titel: Die Ausschließlichkeitsklausel als Eingriff in die Vertragsfreiheit 3

§ 1 Die Vertragsfreiheit 3

§ 2 Rechtliche Problematik bei Eingriffen in die Vertragsfreiheit 4

I. Eingriffe in die Gestaltungsfreiheit . 4

II. Eingriffe in die Abschlußfreiheit 4

2. Titel: Definition der Ausschließlichkeitsklausel 5

II. Abschnitt: Auswirkung auf den Wettbewerb 6

1. Titel: Allgemeines zum Wettbewerbsbegriff ... 6

2. Titel: Wirtschaftliche Bedeutung des Wettbewerbs 7

3. Titel: Die Störfunktion der Ausschließlichkeitsklausel 8

III. Abschnitt: Bestandteil des Handelsvertretervertrages 9

1. Titel: Die Bindungen des Handelsvertreters .. 9

2. Titel: Erscheinungsformen der Ausschließlichkeitsklausel 10

B. Die Behandlung der Ausschließlichkeitsklausel in Handelsvertreterverträgen im bisherigen Recht 12

I. Abschnitt: Lösungsversuche über § 138 BGB 12

1. Titel: Grundlagen 12

2. Titel: Einzelfälle 13

§ 1 Knebelungsgeschäfte 13

§ 2 Monopolmißbrauch 16

3. Titel: Keine befriedigende Lösung 17

II. Abschnitt: Speziell wettbewerbsrechtliche Beurteilung 18

1. Titel: Die Kartell-Verordnung von 1923 18

2. Titel: Die alliierten Dekartellierungsbestimmungen 19

§ 1 Die Verbotsnorm 20

§ 2 Die Ausnahmeregelung in Art.V Ziff.9 c 2 20
I. "distributing agent" 20
II. "bona fide" 21
III. "not designed to reduce competition" . 22
1. Branchenüblichkeit 23
2. Wirtschaftliche Zweckmäßigkeitserwägungen 24
3. Weitere Argumente 26
C. Die Zulässigkeit von Ausschließlichkeitsklauseln in Handelsvertreterverträgen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 28
I. Abschnitt: Die gesetzlichen Tatbestände 28
II. Abschnitt: Behandlung im Hinblick auf § 18 GWB . 29
1. Titel: Generelle Anwendbarkeit des § 18 GWB . 30
§ 1 Hinweis auf die Behandlung in den Dekartellierungsgesetzen 30
§ 2 Die Regelung in den §§ 90a und 92a HGB .. 33
§ 3 Die Entstehungsgeschichte des GWB 35
I. Die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes als Mittel zu seiner Auslegung ... 35
II. Die aus der Entstehungsgeschichte des GWB gezogenen Folgerungen 36
1. Absichtliche Nichtberücksichtigung von Dienstverträgen ? 36
2. Geltung nur für "reine" Austauschgeschäfte ? 39
3. Parallelbehandlung zu § 10 des Entwurfs ? 41
§ 4 Die Ausschließlichkeitsklausel im Handelsvertretervertrag und die Bindung einer nachfolgenden Handelsstufe in § 18 Absatz I Ziffer 2 GWB 43
I. Die Trennung zwischen "horizontalen" und "vertikalen" Bindungen im GWB 44
II. Der Handelsvertreter als Handelsstufe 45
§ 5 Die Natur des Handelsvertreterverhältnisses und § 18 GWB 46
I. Modifizierung einer immanenten Pflicht des Handelsvertreters 47
1. Die allgemeine Pflicht zur Interessenwahrnehmung 47
a. Förderung des Geschäfts 49
b. Schutz gegen widerstreitende Interessen 52

2. Das Wettbewerbsverbot als Ausfluß dieser Pflicht 53

a. Schutz der Interessen des Unternehmers gegenüber Mitbewerbern . 54

aa) Übersicht 54

bb) Notwendigerweise schädigende Konkurrenz ? 55

a') Grundsätzliches 55

b') Konkurrenz und unvollständige Bedarfsdeckung 56

c') Bereits ausgetragener Konkurrenzkampf 58

cc) Vorteile des Sortiments 58

b. Berechtigte Interessen des Handelsvertreters 60

aa) Der Handelsvertreter als selbständiger Unternehmer .. 60

bb) Grenzen des Eigeninteresses des Handelsvertreters 62

II. Die Eigentümerstellung des Unternehmers 63

III. Die Dispositionsfreiheit des Unternehmers 65

1. Die vertretenen Meinungen 65

2. Wettbewerbsrechtlicher Ausgangspunkt 66

a. Entschließungsfreiheit des Unternehmers 66

b. Wirtschaftliche Funktion des Gebundenen 67

aa) Die andere Marktseite und der weitere Absatzweg 68

bb) Die eigene Absatzorganisation 69

a') Begriff der eigenen Absatzorganisation 69

b') Der Handelsvertreter als Teil dieser Absatzorganisation 70

3. Weisungsbefugnisse gegenüber dem Handelsvertreter 73

a. Wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Weisungen 73

b. Grenzen der unternehmerischen Dispositionsfreiheit 73

IV. Eigentlicher und untergeordneter Vertragsinhalt 74

1. Die bedenklichen Tatbestände 74

a. Die "Wirkung" als Anknüpfungspunkt für das GWB 75

aa) Trennung von "Absicht" und "Wirkung" 75

bb) Die positive Regelung 76

b. Regulativ durch Kumulation von Erfordernissen 77

2. Anerkennung wirtschaftlich berechtigter Gründe 77

a. Schutz der unternehmerischen Leistung (Absatzsicherung) 78

b. Investitionsschutz 78

§ 6 Schutz des Handelsvertreters als Wirtschaftsstufe 80

I. Wirtschaftswissenschaftliche Beurteilung von Handelsstufen 81

1. Betriebswirtschaftliche Sicht 82

2. Volkswirtschaftliche Sicht 83

II. Vorzüge des Handelsvertreters im Vergleich zu anderen Absatzwegen 83

2. Titel: Subsumtion unter die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 18 GWB 86

§ 1 Verträge zwischen Unternehmen 86

I. Begriff des Unternehmens 87

II. Das Unternehmen im Sinne des GWB 88

III. Bedeutung der Interessenwahrerfunktion 89

§ 2 Verträge über gewerbliche Leistungen 90

§ 3 Beschränkung eines Vertragsbeteiligten in Bezug oder Abgabe von anderen Waren oder gewerblichen Leistungen 92

I. Waren 92

II. Gewerbliche Leistungen 92

III. Widersprüchliche Behandlung von Propergeschäften ? 93

§ 4 Unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit dieses Vertragsbeteiligten 94

I. Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit als Schutzobjekt 95

1. Schutz der allgemeinen wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit 95

2. Schutz der Wettbewerbschancen 96

II. Die Unbilligkeitsklausel 97
1. Allgemeines 97
2. Marktsituation und Innenverhältnis 97
3. Bedeutung des Absatz II 98
4. Verhältnis zu § 138 BGB 98
5. Die Wettbewerbsordnung als Beurteilungsmaßstab 100
a. Angemessenheit der Gegenleistung 100
b. Einschränkung durch wirtschaftlich berechtigte Gründe ? 101
aa) Absatzsicherung 101
bb) Investitionsschutz 103
III. Anwendung dieser Grundsätze 104
§ 5 Unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit anderer Unternehmen 105
I. Das andere Unternehmen 105
II. Schutzobjekt und Tatbestände 105
III. Abgrenzung zu den wettbewerbsrechtlich unbedenklichen Sukzessivlieferungsverträgen 106
IV. Die Unbilligkeitsklausel 108
1. Bedeutung des Absatz II 108
2. Verhältnis zu § 138 BGB 109
3. Wechselbeziehung zwischen wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit und Marktbeeinträchtigung 109
4. Die Wettbewerbsordnung als Beurteilungsmaßstab 111
a. Ausgangspunkt 111
b. Anerkennung wirtschaftlich berechtigter Gründe ? 112
aa) Absatzsicherung 113
bb) Investitionsschutz 114
§ 6 Marktfolgenprüfung 116
I. Der Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen 116
1. Die betroffenen Märkte 116
2. Zuordnung des Tatbestandsmerkmals . 117
II. Wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch das Ausmaß solcher Beschränkungen 118
1. Wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 118
2. Das Ausmaß solcher Beschränkungen . 119
Schluß: Zusammenfassung 120

Verzeichnis des Schrifttums

Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen, ohne Seerecht, 13. Auflage, 1959.
Benisch	Kartellrechtliche Beurteilung von Wettbewerbsklauseln in handelsrechtlichen Verträgen, WuW 1953/219.
Benkendorff	Freie Berufe und Kartellgesetz, WuW 1956/20.
Biedenkopf	Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung. Die Ausschließlichkeitsklausel als Beispiel, 1958.
Bierer	Das Alleinverkaufs-, das Alleinvertretungsrecht, Diss. Zürich, 1922.
Biergans	Die vertikalen Verträge im Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1954/350.
Brugger	Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959/467.
v. Brunn	Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, NJW 1952/344.
Budczies	Der Automobilvertragshändler in Deutschland, den USA und Frankreich. Eine rechtsvergleichende Studie. Diss. Köln, 1959.
Bussmann	Warenzeichen, Originalersatzteile und Ausschließlichkeitsverträge, WuW 1953/131.
Callmann	Das deutsche Kartellrecht, Kommentar, 1934.
Capelle	Handelsrecht (ohne Gesellschafts- und Seehandelsrecht). Ein Studienbuch, 4. Auflage, 1955, 7. Auflage, 1959.
Clauss	Zur Systematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, MDR 1959/165.
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch, I. Band, Allgemeine Einleitung und §§ 1 - 104, 3. Auflage, 1930.

Ehrenberg	Handbuch des gesamten Handelsrechts mit Einschluß des Wechsel-, Scheck-, See und Binnenschiffahrtsrechts, des Versicherungsrechts sowie des Post- und Telegraphenrechts, V. Band, I. Abteilung, 1. Hälfte, 1928, bearbeitet von Schmidt-Rimpler.
Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 14. Auflage, 1. Halbband 1952, 2. Halbband 1955, bearbeitet von Nipperdey.
Erman	Handkommentar zum BGB, 2. Auflage, 1958.
Ewald	Die Konkurrenzklausel im Tankstellenvertrag unter besonderer Berücksichtigung der alliierten Dekartellierungsgesetze, Die Automobilwirtschaft 1950/524.
	Zu Ausschließlichkeitsverträgen der Treibstoffgesellschaften über Selbstverbraucheranlagen (Westzonen), BB 1951/45.
	Echter Wettbewerb im Tankstellengeschäft, Die Automobliwirtschaft 1951/355.
	Die Ausschließlichkeitsklausel im Tankstellenvertrag - Kartellrechtliche Bedenken ? In: BB 1953/307.
	Buchbesprechung (Rittner), BB 1957/792.
Flessa	Sittenwidrigkeit bei Sicherungsübereignungen, NJW 1953/84.
Frankfurter Kommentar	Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von Kaufmann, Rautmann, Strickrodt, Hahn, Hoffmann, Kreifels, Lieferung 4, September 1960.
Gleiss	Dekartellierungsrecht und Händlerverträge in der Automobilindustrie, BB 1950/377.
Gleiss-Lutz	Ausschließlichkeitsklauseln - wann können sie für unwirksam erklärt werden ? In: Die Aktiengesellschaft 1958/128.
v. Godin	Kartellrechtliche Behandlung von Verträgen über gewerbliche Schutzrechte, BB 1958/64.
Günther	Zur Verabschiedung des GWB, BB 1957/721.
Habscheid	Vertragliche Wettbewerbsverbote, WuW 1954/404.

Herschel-Beine	Handbuch zum Recht des Handelsvertreters unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts, 1954.
Heymann-Kötter	Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) mit Erläuterungen, 20. Gesamtauflage, 1950.
Huber, E.R.	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, I. Band, 1953.
Isay	Anmerkung zu einer Entscheidung, JW 1930/1749.
	Anmerkung zu einer Entscheidung, JW 1931/3138.
Isay-Tschierschky	Kartellverordnung (Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen), 1925.
Jacobsohn	Die Ausschließlichkeitsklausel im Tankstellenvertrag (Erwiderung auf Ewald in Betriebsberater 1953/307), BB 1953/609.
Kelleher	Schreiben des Leiters der Dekartellierungs-Abteilungen der amerikanischen Hohen Kommission an den Leiter der Dekartellierungsabteilung bei den Wirtschaftsministerien der Länder, WuW 1952/927.
Koenige	Handausgabe des Handelsgesetzbuches, 4. Auflage, 1936, neubearbeitet von Teichmann und Koehler, 1. Band, §§ 1 - 177, 335 - 473 HGB.
Korn	Handkommentar zum Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), 2. Auflage, 1929.
Lange	Der Tankstellenhalter als Handelsvertreter, DAR 1958/8.
Langen	Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 1958.
Larenz	Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, NJW 1956/1897.
Lehmann-Ring	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich, erläutert von K. Lehmann und Ring, 2. Auflage, bearbeitet von K. Lehmann, 1. Band, 1914.

Lindenmaier	Die Rechtsprechung des BGH zum Wettbewerb unter Berücksichtigung der Dekartellierungsbestimmungen, WuW 1953/259.
Makower	Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Auflage, 1906, Erster Band, Buch I und II (Handelsstand, Gesellschaften).
Markenverband	Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen im Kartellgesetz, Erläuterungen des Markenverbandes zu den §§ 15 - 18, 25, 26, 34, 38 und 106, MA 1957/425.
Mestmäcker	Ausschließlichkeitsverträge, Kopplungsverträge und offene Märkte, JZ 1954/621.
Meyer	Vertikale Preis- und Absatzbindungen zulässig ? In: MA 1956/203.
Möhring	Dekartellierungsrecht und gewerblicher Rechtsschutz, GRUR 1949/271.
Müller/Gries	Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1958.
Müller-Henneberg	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, herausgegeben von Müller-Henneberg und Schwartz, 1958.
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Danckelmann, Gramm, Hoche, Lauterbach, Rechenmacher, 15. Auflage, 1956.
Rasch	Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Auflage, 1958.
	Ausschließlichkeitsbindungen im Handelsvertreterrecht, WuW 1958/208.
Reichsgerichtsräte-Kommentar	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, I. Band, §§ 1 - 104 HGB, bearbeitet von Würdinger, 2. Auflage, 1953.
Remmert	Gesetz Nr. 56 - Verbot der übermäßigen Konzentration deutscher Wirtschaftskraft - Text und Erläuterung, 1947.
Risse	Das Kartellgesetz in seiner Bedeutung für das Gaststättengewerbe, WuW 1957/752.

Rittner	Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, WuW-Schriftenreihe, Heft 4, 1957.
	Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Betr. 1957/1091 und 1118.
	Beschränkung des Kundenkreises, MA 1958/197.
Rodig	Zur kommenden Reform des Rechts der Handelsvertreter, BB 1952/893.
Roidl	Die Ausschließlichkeitsbindung in Tankstellenverträgen, DAR 1959/286.
Rowedder	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, MDR 1958/1, 129 und 384.
Rumpf	Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte, A.c.P. 119/1.
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, 1. Band, 1955 (§§ 1 - 104).
Schmidt-Rimpler	Rechtsgutachten über die Zulässigkeit der Ausschließlichkeitsklausel in den Tankstellen- und Selbstverbraucherverträgen der Treibstoffgesellschaften, 1952, Bonn (Als Manuskript gedruckt).
Schuler	Übergangsfragen zum Recht der Handelsvertreter, JR 1954/284.
Schumann	Handelsrecht, Band I, Handelsstand - Handelsgesellschaften (ohne Jahrgang).
Schwenk	Die Rule of Reason und die "per-se" - Regel im amerikanischen Antitrust-Recht, WuW 1957/339.
Seyffert	Wirtschaftslehre des Handels, 1951.
Sieg	Ausschließlichkeitsverträge und Kartellrecht, BB 1951/295.
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Soergel, neu herausgegeben von Siebert, I. Band, §§ 1 bis 432, Stand 1. Juli 1959, 9. Auflage, 1959.
Spengler	Ausschließlichkeitsklauseln und Dekartellierung, MA 1951/513.

Spengler	Boykott - Probleme, WuW 1953/195.
	Die Ausschaltung von Handelsstufen als ein Problem des Wettbewerbsrechts ? In: WuW 1957/539.
Spitzbarth	Wettbewerbsverbote bei den freien Berufen, NJW 1954/453.
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Auflage, bearbeitet von Pinner, Bondi, Gadow und Heinichen, I. Band (§§ 1 - 177), 1932.
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, I. Band, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, 1957.
Strickrodt	Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, WuW 1957/75.
Walther	Buchbesprechung (Rittner, Ausschließlichkeitsbindungen), WuW 1957/571.
Würdinger	Auswirkungen der Dekartellierung auf die Vertragspraxis der gewerblichen Wirtschaft, GRUR 1949/276.
	Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953/719.
Zipfel	Kartellrechtliche Beurteilung von Bierlieferungsverträgen, BB 1958/1004.

Gesetzesmaterialien

Materialien zum Handelsgesetzbuche für das deutsche Reich und dem Einführungsgesetze,
Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1897.

Entwurf und Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, Bundestagsdrucksache Nr. 1158. (abgedruckt bei Müller-Henneberg, S.1037 ff. und 1057 ff.).

Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, Bundestagsdrucksache Nr. 3644. (abgedruckt bei Müller-Henneberg, S.1156 ff.)

I. Generalbericht des Abgeordneten Dr. Hellwig. (abgedruckt bei Müller-Henneberg, S.1156 ff.)

II. Kartellverträge und Kartellbeschlüsse. (§§ 1 - 9 des Entwurfs, §§ 1 - 14 GWB) Berichterstatter: Abgeordneter Kurlbaum. (abgedruckt bei Müller-Henneberg, S.1174 ff.)

III. Sonstige Verträge. (§§ 10 - 16 des Entwurfs, §§ 15 - 21 GWB) Berichterstatter: Abgeordneter Dr. Hoffmann. (abgedruckt bei Müller-Henneberg, S.1182 ff.)

Abkürzungen

a.a.O.	=	am angegebenen Ort
AB	=	Ausschließlichkeitsbindungen
A.c.P.	=	Archiv für die Civilistische Praxis
a.F.	=	alte Fassung
AG	=	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AGB	=	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AW	=	Die Automobil-Wirtschaft, Fachzeitschrift für den Kraftfahrzeugbetrieb
BB	=	Der Betriebs-Berater, Zehntagedienst für Wirtschafts-, Steuer- und Sozialrecht
Begr.	=	Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Betr.	=	Der Betrieb, Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 (RGBl. 1896/195)
BGBl.	=	Bundesgesetzblatt
BGH	=	Bundesgerichtshof
BKA	=	Bundeskartellamt
BWM	=	Bundeswirtschaftsministerium
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DAR	=	Deutsches Autorecht, vereinigt mit der Zeitschrift Das Recht des Kraftfahrers, Rechtszeitschrift des Allgemeinen Deutschen Automobil-Clubs
DR	=	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand
E	=	Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Ges.Nr.56	=	Militärregierungsgesetz Nr.56 vom 12. Februar 1947, abgedruckt in Sammlung der vom Alliierten Kontrollrat und der Amerikanischen Militärregierung erlassenen Proklamationen, Gesetze, Verordnungen, Befehle, Direktiven im englischen Originalwortlaut mit deutscher Übersetzung (ohne Seitenangabe)

GRUR	=	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	=	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 (BGBl. 1957 I/1081)
HGB	=	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (RGBl. 1897/219 mit verschiedenen Änderungen, insbesondere dem Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuches (Recht der Handelsvertreter) vom 6. August 1953 (BGBl. 1953 I/771)
HRGZ	=	Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift (Abteilung B)
JR	=	Juristische Rundschau
JW	=	Juristische Wochenschrift
JZ	=	Juristenzeitung
KartVO	=	Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. November 1923, (RGBl. 1923 I/1067) (Kartell-Verordnung)
KG	=	Kammergericht
LG	=	Landgericht
LZ	=	Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht
MA	=	Der Markenartikel, Monatsschrift zur Förderung der Qualitätsware
MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht
n.F.	=	neue Fassung
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	=	Oberlandesgericht, auch: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
RG	=	Reichsgericht
RGBl.	=	Reichsgesetzblatt
RGRK.z.HGB	=	Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Handelsgesetzbuch
RGSt	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
UWG	=	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 (RGBl. 1909/499)

VO Nr.78	=	Militärregierungs-Verordnung Nr.78 vom 12. Februar 1947, abgedruckt in dem Amtsblatt der Militärregierung, Deutschland, Britisches Kontrollgebiet, S.412
WRP	=	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	=	Wirtschaft und Wettbewerb, Zeitschrift für Kartellrecht, Wettbewerbsrecht und Marktorganisation
WuW/E BGH	=	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, Teil I Rechtsprechung, Bundesgerichtshof
WuW/E BWM	=	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, Teil II Verwaltung, Bundesminister für Wirtschaft
WuW/E KRT	=	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, Teil II Verwaltung, Tagungen der Kartellreferenten des Bundes und der Länder
WuW/E OLG	=	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, Teil I Rechtsprechung, Oberlandesgerichte

GRUND UND GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG

Die Behandlung der Ausschließlichkeitsklausel in Handelsvertreterverträgen ist bei der gegenwärtigen Auseinandersetzung um das am 1. Januar 1958 in Kraft getretene Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) [1] und der Bemühungen, seinen Geltungsbereich abzustecken, eins der umstrittenen Probleme.

Die Frage nach ihrer rechtlichen Beurteilung wird allerdings nicht erst seit der Schaffung eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen an die Rechtswissenschaft herangetragen; diese Klauseln waren insbesondere bereits unter der Geltung der alliierten Dekartellierungsgesetze [2] in das Licht kritischer Stellungnahme durch Literatur und Rechtsprechung gerückt. Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen jedoch ist für ihre Betrachtung eine neue Grundlage entstanden.

Die rechtliche Zuordnung des Handelsvertreterverhältnisses zu den Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bereitet der Theorie und der Praxis nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Sie rühren aus der eigenartigen Stellung des Handelsvertreters, der einerseits nach § 84 Absatz I Satz 1 HGB selbständiger Gewerbetreibender, auf der anderen Seite dem von ihm vertretenen Unternehmen jedoch durch ein gegenseitiges Treueverhältnis verbunden ist.
Die verschiedenen Auffassungen stimmen wohl weitgehend darin überein, die Rechtsverhältnisse der Handelsvertreter zu den von ihnen vertretenen Unternehmen aus dem Geltungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auszunehmen, haben aber eine übereinstimmende und vor allem überzeugende Begründung für diese Ansicht noch nicht finden können.

Die Diskussion bedient sich einer Vielfalt von Argumenten. Aufgabe dieser Arbeit ist es, die Ausgestaltung und Behandlung der Ausschließlichkeitsbindungen in Handelsvertreterverträgen zu

---

1) vom 27. Juli 1957 (BGBl. I/1081);
2) s. unter Ges.Nr.56 und VO Nr.78;

untersuchen. Sie soll sich dabei nicht so sehr von einer Kritik an dem von der herrschenden Meinung herausgearbeiteten Ergebnis leiten lassen, sondern versuchen, die Stichhaltigkeit der Begründungen zu prüfen, um ihnen gegebenenfalls eigene Überlegungen gegenüberzustellen.

A. DIE AUSSCHLIESSLICHKEITSKLAUSEL

I. Abschnitt: Begriffsbestimmung

1. Titel: Die Ausschließlichkeitsklausel als Eingriff in die Vertragsfreiheit

Eine Ausschließlichkeitsbindung engt offenbar die Freiheit eines Rechtsgenossen ein, seine Rechtsbeziehungen auf Grund und in den Grenzen der ihm zustehenden Privatautonomie nach seinen Bedürfnissen und seinem freien Willen zu gestalten.

§ 1 Die Vertragsfreiheit

Diese Freiheit der Rechtsgenossen, Verträge miteinander zu schließen und dadurch Rechtsbeziehungen herzustellen, ist eine der Grundlagen der Privatrechtsordnung. Der Idee nach soll es den einzelnen Rechtsgenossen überlassen sein, zu entscheiden,[1)]

1. ob sie einen Vertrag schließen (Abschlußfreiheit im engeren Sinne),
2. mit wem sie einen Vertrag schließen (Partnerfreiheit, auch Abschlußfreiheit im weiteren Sinne),
3. welchen Inhalt sie dem Vertrag geben (Inhalts-, Typen- oder Gestaltungsfreiheit),
4. in welche Form sie den Vertrag kleiden (Formfreiheit),
5. ob und wann sie den einmal geschlossenen Vertrag ganz oder teilweise aufheben (Aufhebungsfreiheit).

Dasselbe Prinzip der Privatautonomie stellt es aber gleichzeitig in das Belieben der Parteien, die ihnen in den Grenzen dieser Privatautonomie [2)] gewährte Freiheit aufzugeben. Diese "Selbstbeschränkung der Privatautonomie" [3)] kann sich gegen jede der fünf Seiten der Vertragsfreiheit richten.

---

1) vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 163 V, Fußnote 15; Rittner, AB, S.11 und in MA 1958/197 (210);
2) die im allgemeinen durch die §§ 134 und 138 BGB gesetzt werden; vgl. etwa Larenz in NJW 1956/1897 (1899);
3) Rittner, AB, S.12;

§ 2 Rechtliche Problematik bei Eingriffen in die Vertragsfreiheit

Die vertragliche Ausschließung von Form- und Aufhebungsfreiheit verdient im Rahmen dieser Arbeit kein sonderliches Interesse. In Betracht kommen nur die Einschränkung und der Ausschluß der Abschluß- und der Gestaltungsfreiheit.

I. Eingriffe in die Gestaltungsfreiheit

Die Gestaltungsfreiheit wird vor allem in den Fällen berührt, wo Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) Bestandteil des Vertrages werden. Hier ist die Gestaltung des konkreten Vertrages nicht mehr in das Belieben des Partners gestellt, sondern wird weitgehend durch die AGB vollzogen.
Die AGB können dabei typische Vertragsbedingungen sein, die durch "stillschweigende Vereinbarung" Gegenstand des Vertrages werden oder als eine bereits fertig bereitliegende privat gesetzte Rechtsordnung angesehen werden, der sich der Partner unterwirft.[1) 2)]

Den Rechtsbeziehungen, die auf Grund von AGB zustandekommen, ist eigentümlich, daß sich der Einzelne jeweils nur der Gestaltungsfreiheit für ein bestimmtes Geschäft begibt, dessen Voraussetzungen und Wirkungen er im allgemeinen überblicken kann.

II. Eingriffe in die Abschlußfreiheit

Der Angriff gegen die Abschlußfreiheit und die Partnerfreiheit erscheint dagegen unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit weit gefährlicher: hier begibt sich nämlich ein Rechtsgenosse im Vertrage möglicherweise sowohl seiner Freiheit der Wahl, bestimmte Geschäfte zu tätigen oder zu unterlassen, als auch seiner Freiheit, eine Wahl unter den potentiellen Vertragspartnern zu treffen. Er bindet sich ausschließlich an einen

---

1) Palandt-Danckelmann, § 157 Anm.5a;
2) vgl. zur Systematik der AGB etwa Enneccerus-Nipperdey, § 163 VI; neuerdings insbesondere Clauss in MDR 1959/165 ff.;

einzigen oder auch an eine bestimmte Gruppe.[1)]
Der Verzicht auf die Abschlußfreiheit kann also leicht zu Folgen führen, die nicht ohne weiteres abzusehen sind, zumal wenn man an längerfristige Vereinbarungen dieser Art denkt. Hat der Rechtsgenosse einmal auf diese Weise seine Abschlußfreiheit aufgegeben, dann wird insoweit sein wirtschaftliches Handeln vollständig - jedenfalls für den Bereich des Verzichts - von der Vereinbarung bestimmt. Ihm bleibt keine Ausweichmöglichkeit, auch kann das anscheinend gestörte Gleichgewicht nicht durch anderweitige Regelung wieder hergestellt werden, wie das bei den AGB noch der Fall ist.[2)]

Freilich ist es in der Regel offenbar auch schwieriger, einen Rechtsgenossen in seiner Abschlußfreiheit zu beschränken, als ihm seine Gestaltungsfreiheit zu nehmen. Denn es bedarf dazu einer Vereinbarung, die gerade die Aufhebung der Abschlußfreiheit zum Ziele hat, und zu dieser Vereinbarung wird der Partner nicht ohne weiteres zu bewegen sein, da er sogleich die weitreichenden Gefahren sieht, die ihm möglicherweise drohen.[3)]
Auf der anderen Seite darf aber auch nicht übersehen werden, daß der Partner bei "möglicherweise drohenden" Gefahren leichter geneigt sein wird, diese zu unterschätzen, weil sie für ihn, da er doch für seinen Verzicht auf einen Teil seiner Vertragsfreiheit eine Gegenleistung erhält, zunächst nicht aktuell ist.

2. Titel: Definition der Ausschließlichkeitsklausel

Der Eingriff in die Abschlußfreiheit wird durch Vereinbarung einer Ausschließlichkeitsklausel vollzogen.

Eine Ausschließlichkeitsbindung, so könnte man definieren, liegt überall dort vor, wo ein Rechtsgenosse durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung dazu gezwungen wird, bestimmte Rechtsgeschäfte oder einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften nur mit seinem Vertragspartner oder jedenfalls nicht

---

1) Rittner, AB, S.12;
2) Rittner, AB, S.13;
3) Rittner, a.a.O.;

mit anderen Rechtsgenossen vorzunehmen.[1]
Die Ausschließlichkeitsbindung kann also positiven Inhalt haben, wenn der Gebundene verpflichtet wird, zum Beispiel alle Waren einer bestimmten Art nur vom Bindenden zu beziehen, oder negativ so gefaßt sein, daß dem Gebundenen verboten wird, bestimmte Waren von einem anderen zu beziehen.[2]

II. Abschnitt: Auswirkung auf den Wettbewerb

Im Rahmen dieser Arbeit ist die zivilrechtliche Systematik der Ausschließlichkeitsklausel zwar die Grundlage der Untersuchungen und die zivilrechtliche Beurteilung ein wichtiger Anknüpfungspunkt. Im Hinblick auf ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen interessiert jedoch vor allem die wettbewerbsrechtliche Komponente.

1. Titel: Allgemeines zum Wettbewerbsbegriff

Den Begriff des Wettbewerbs juristisch eindeutig zu bestimmen ist bisher nicht gelungen; seine Bedeutung ist nach wie vor heftig umstritten.
Der Bundestagsausschuß für Wirtschaftspolitik hat deshalb auch bei den Vorarbeiten zum GWB auf eine Definition des Wettbewerbsbegriffs verzichtet.[3] Es wurden vielmehr die sich in vielen Vorschriften anderer Gesetze findenden allgemeinen Hinweise auf "Treu und Glauben", "Verstoß gegen die guten Sitten" genannt und ebenso wie dort der Rechtsprechung die Arbeit mit dieser Generalklausel überlassen.
Nach der Begründung zum Regierungsentwurf [4] ist als Wettbewerb das Streben zu betrachten, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmer, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veran-

---

1) Müller-Gries, § 18 Anm.12; Rittner, AB, S.13 und in Betr. 1957/1091; Schwartz in Müller-Henneberg, § 18 Anm.12, der noch das Moment einer längeren Dauer dieser Vereinbarung betont;
2) Schwartz, a.a.O.;
3) vgl. Kurlbaum, Bericht zu § 1 und Hellwig, Generalbericht E III, abgedr. bei Müller-Henneberg, S.1175 und 1173;
4) Ziffer 3d zu § 1, abgedr. bei Müller-Henneberg, S.1076;

lassen. Die Begründung liefert damit eine Definition des Leistungswettbewerbs,[1] die auch für die Untersuchungen im Rahmen dieser Arbeit brauchbare Ansatzpunkte bietet.

Der Wettbewerb als solcher, das Bestreben, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises eines anderen zu erhalten und nach Möglichkeit zu vermehren, ist frei. Das hat bereits das Reichsgericht [2] anerkannt; der Bundesgerichtshof [3] hat sich diesen Grundsatz zu eigen gemacht.[4] Das GWB schließlich stellt es sich zur erklärten Aufgabe, den Wettbewerb zu schützen und zu fördern.[5] [6]

2. Titel: Wirtschaftliche Bedeutung des Wettbewerbs

Die Möglichkeit zum Wettbewerb ist der entscheidende Gesichtspunkt jeder Marktwirtschaft. Die dem Wettbewerb innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung dienen einerseits dem Interesse der Verbraucher an einer bestmöglichen Versorgung. Andererseits ist die Möglichkeit zum Wettbewerb die Magna Charta des Unternehmertums.

Allerdings führt der uneingeschränkte Wettbewerb oft zum gnadenlosen Kampf der Unternehmer um wirtschaftliche Selbstbehauptung und wirtschaftlichen Erfolg, der naturgemäß besonders heftig um den Einfluß auf die Absatzmärkte entbrennt. Denn Wettbewerb ist gleichzeitig "jede Art wirtschaftlicher Handlung, die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Mitbewerbers einen Vorteil zu verschaffen".[7]
Vom Standpunkt des Unternehmers erscheint der Wettbewerb deshalb oft als ein - mehr oder weniger notwendiges - Übel. Für ihn bedeutet Wettbewerb ein nie endender Kampf um den Kunden, ein Ringen um die eigene Existenz, ein Risikogeschäft, das

---

1) vgl. Müller-Henneberg, § 1 Anm.23;
2) RGSt 58/429 (430);
3) BGH in WuW 1952/855;
4) vgl. auch Lindenmaier in WuW 1953/259;
5) Begr. A,I, abgedr. bei Müller-Henneberg, S.1057; vgl. auch Rasch, § 1 Anm.2;
6) Allerdings ist die Wettbewerbsfreiheit jedes einzelnen beschränkt durch die Wettbewerbsfreiheit jedes anderen (Ausschußbericht Hellwig C,I, abgedr. bei Müller-Henneberg, S.1164);
7) Kurlbaum, Bericht zu § 1, abgedr. bei Müller-Henneberg, S.1175;

stets erhöhte Aufmerksamkeit erfordert,[1] denn in dem Wettbewerb der Konkurrenten kann sich nur derjenige behaupten, dem es gelingt, seine Position gegenüber den anderen Mitbewerbern zu sichern. Es ist deshalb durchaus verständlich, wenn ein Unternehmer mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln versucht, die Schärfe des Wettbewerbs herabzumildern.

3. Titel: Die Störfunktion der Ausschließlichkeitsklausel

Die Ausschließlichkeitsklausel beeinflußt typischerweise die Wettbewerbssituation.[2]
Nach dem Modell des Marktes stehen sich auf dem Markt Anbieter und Nachfrager in freiem Kräftespiel gegenüber. Bei jedem Vertragsschluß nämlich entscheidet sich der einzelne für eine von mehr oder weniger vielen miteinander konkurrierenden Möglichkeiten, und zwar der Anbieter ebenso wie der Nachfrager.
Dieses Modell des Marktes wird durch die Ausschließlichkeitsbindung in der Weise beeinflußt, daß der Gebundene aus dem Wettbewerbsspiel auf dem Markt ausscheidet; er wird neutralisiert.[3] Den Konkurrenten des Bindenden wird durch diese Maßnahme eine Absatzchance genommen; sie verlieren an dem Gebundenen das Interesse. Damit ist die vertragliche Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit anderer Wirtschaftssubjekte eins der erfolgversprechendsten Mittel, die eigene wirtschaftliche Position zu stärken. Das vertragliche Wettbewerbsverbot (auch Konkurrenz- oder Ausschließlichkeitsklausel genannt) ist also ganz allgemein - nach seinen wirtschaftlichen Auswirkungen definiert - eine Vereinbarung, die im Interesse des einen Vertragschließenden eine Beschränkung der beruflichen Tätigkeit des anderen bezweckt.[4]

Inwieweit dadurch allerdings der Wettbewerb auf dem Markt tatsächlich beeinträchtigt wird, hängt von einer Reihe von Faktoren ab. Es kommt dabei auf die Bedeutung des Bindenden und des Gebundenen an, auf die Zahl der Konkurrenten (bei einem Markt

1) Habscheid in WuW 1954/404;
2) Müller-Gries, § 18 Anm.12;
3) Rittner, AB, S.26;
4) Spitzbarth in NJW 1954/453;

vollständiger Konkurrenz fällt die Bindung für die Marktbeteiligten möglicherweise gar nicht ins Gewicht) und auf die Ausdehnung des Marktes, auf dem sich Bindender und Gebundener gegenüberstanden.
Hier genügt zunächst die Feststellung, daß zumindest potentiell durch jede Ausschließlichkeitsbindung in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage und damit in die bestehende Wettbewerbssituation eingegriffen werden kann.

III. Abschnitt: Bestandteil des Handelsvertretervertrages

Im Rahmen dieser Arbeit interessieren nur die Ausschließlichkeitsklauseln in den Rechtsverhältnissen zwischen Handelsvertretern und den von ihnen vertretenen Unternehmern. Entsprechende Bindungen von Eigenhändlern - wie sie insbesondere im Verhältnis zwischen Brauerei und Gaststätte die Regel sind - werden behandelt, soweit sich daraus brauchbare Erkenntnisse gewinnen lassen.

1. Titel: Die Bindungen des Handelsvertreters

Eine Einschränkung der Vertragsfreiheit des Handelsvertreters ist in zwei Richtungen denkbar und üblich. Dabei werden sowohl die Abschluß- als auch die Inhaltsfreiheit betroffen.

Der Handelsvertreter schließt zunächst einen Vertrag mit dem Unternehmer, durch den er diesem seine gewerblichen Leistungen gegen Entgelt zur Verfügung stellt. Auf Grund des vertraglich zustandegekommenen Handelsvertreterverhältnisses vermittelt er für seinen Unternehmer Geschäfte oder schließt in dessen Namen Geschäfte mit Dritten ab. Jener Dienstleistungsvertrag ist der Grundvertrag, der die Beziehungen des Handelsvertreters zu seinem Geschäftsherrn regelt;[1] die Geschäfte, die der Handelsvertreter dann für seinen Geschäftsherrn vornimmt, dienen seiner Erfüllung.[2]

---

1) Rasch in WuW 1958/208 (211);
2) Rittner in Betr. 1957/1091 (1095);

Eine Beschränkung der Abschluß- oder Inhaltsfreiheit kann sich deshalb einmal auf die Leistung des Handelsvertreters als Vertragsgegenstand beziehen, indem der Unternehmer dem Handelsvertreter verbietet, überhaupt oder wenigstens in bestimmten Artikeln für einen anderen Unternehmer tätig zu werden. Außerdem kann der Unternehmer dem Handelsvertreter vorschreiben, mit wem oder zu welchen Preisen und Bedingungen er Verträge über die Artikel des Unternehmers abschließen darf. In diesem Fall sind Vertragsgegenstand die Waren des Unternehmers.

Welche wettbewerbsrechtliche Behandlung diese beiden in Betracht kommenden Vertragsgruppen im Hinblick auf eine Einflußnahme des Unternehmers erfordern, ist eine Frage, die einer Reihe von Einzeluntersuchungen bedarf; sie soll deshalb einstweilen zurückgestellt werden.

2. Titel: Erscheinungsformen der Ausschließlichkeitsklausel

Die Erscheinungsformen der Ausschließlichkeitsbindungen in Handelsvertreterverträgen sind vielgestaltig. Es gehört dazu sowohl das vertragliche Verbot, dem Unternehmer durch Übernahme einer anderen Vertretung in entsprechenden Artikeln unmittelbar schädigende Konkurrenz zu bereiten, als auch der Verzicht auf überhaupt jedwede anderweitige Betätigung außer für den Geschäftsherrn, also eine ausschließliche Bindung an einen einzigen Unternehmer (sogenannter Einfirmenvertreter).

Die Existenz des Einfirmenvertreters hat der Gesetzgeber sogar ausdrücklich zur Kenntnis genommen: er hat für ihn in § 92a HGB eine besondere Regelung getroffen. Als Beispiel dafür seien die Tankstellenverwalter genannt, denen vertraglich nur gestattet ist, Treib- und Schmierstoffe einer Gesellschaft auszugeben. Der Mehrfirmenvertreter dürfte etwa in der Lebens- und Genußmittelbranche die Regel sein, wenn ein Handelsvertreter beispielsweise eine Süßwarenfirma, eine Kaffeerösterei und einen Gebäckhersteller vertritt.
Daneben besteht eine Vielfalt von Zwischenstufen. So hat der Handelsvertreter häufig vor Übernahme einer weiteren Vertretung die Genehmigung des Geschäftsherrn einzuholen, die ihm

nur erteilt wird, wenn der Geschäftsherr die Überzeugung gewinnt, daß sich der Handelsvertreter nicht verzettelt oder aus anderen Gründen die Vertretung seines Hauses vernachlässigt.

Fast immer aber findet sich in den Handelsvertreterverträgen die eingangs erwähnte Konkurrenzklausel, in der es etwa heißt:

> "Dem Vertreter ist es nicht gestattet, für ein anderes Haus Geschäfte in solchen Artikeln abzuschließen, die Gegenstand dieses Vertrages sind."
>
> "Der Vertreter verpflichtet sich, in den von der Firma geführten Handelsartikeln keine andere Vertretung zu übernehmen und mit diesen Artikeln auch nicht auf eigene Rechnung zu handeln."
>
> "Wir setzen voraus, daß Sie nicht auf der gleichen Basis mit einer Konkurrenzfirma Verbindung aufnehmen."
>
> "Es besteht Klarheit darüber, daß Sie während der Zeit unserer Zusammenarbeit in keiner Weise irgendwelche Interessen von Wettbewerbsfirmen wahrnehmen."

In allen diesen Fällen wird also der kaufmännischen Initiative durch ein irgendwie geartetes Wettbewerbsverbot eine Schranke gesetzt; der Handelsvertreter wird von der Vertretung bestimmter oder aller anderen Unternehmen ausgeschlossen. Die Problematik der Wettbewerbsbeschränkungen ist dabei immer vorhanden; bei dem Einfirmenvertreter mag sie allerdings deutlicher in Erscheinung treten.

B. DIE BEHANDLUNG DER AUSSCHLIESSLICHKEITS-KLAUSEL IN HANDELSVERTRETERVERTRÄGEN IM BISHERIGEN RECHT

Drei Merkmale sind es, von denen eine rechtliche Bewertung von Ausschließlichkeitsbindungen ausgehen kann: Die Beschränkung des gebundenen Vertragspartners in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit, die Beschränkung des Konkurrenten des bindenden Unternehmens, also eines Dritten, und schließlich die Beschränkung des Wettbewerbs.[1)]

I. Abschnitt: Lösungsversuche über § 138 BGB

Von diesen ist der erste der unmittelbarste Ansatzpunkt. Die Selbstbeschränkung der Vertragsfreiheit hat ihre Grundlage allein in dem Vertragsverhältnis zwischen den Beteiligten. Ihre Untersuchung erfordert lediglich die Bewertung des zivilrechtlichen Tatbestandes. Einer Einbeziehung wettbewerbsrechtlicher Gesichtspunkte und damit deren Bewertung bedarf es nicht.

1. Titel: Grundlagen

Die rechtliche Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte beruht allein auf dem Willen der Gemeinschaftsordnung.[2)] Sie hat die Privatautonomie als Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen den Rechtssubjekten eingeführt. Wenn die Rechtsordnung dem Einzelnen aber die Macht verleiht, nach eigenem Willen vermittels von Rechtsgeschäften die Rechtslage zu gestalten, so muß sie den Mißbrauch dieser Macht verhindern.[3)]
Ein solcher Mißbrauch liegt nach Ansicht aller Kulturrechtsordnungen [4)] vor, wenn ein Rechtsgeschäft gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Die Rechtsordnungen erklären ein solches Geschäft für sittenwidrig. Das

1) Biedenkopf, S.39;
2) Palandt-Danckelmann, § 134 Anm.1;
3) Palandt-Danckelmann, § 138 Anm.1a;
4) Enneccerus-Nipperdey, § 191;

deutsche Privatrecht versagt einem solchen Geschäft die Anerkennung und erklärt es für nichtig (§ 138 BGB).

Der in dieser Bestimmung sanktionierte Sittenverstoß kann in dem Verhalten gegenüber dem Geschäftsgegner liegen, wo ein solcher vorhanden ist, oder in dem Verhalten gegenüber Dritten oder der Allgemeinheit.[1)]

2. Titel: Einzelfälle

Ein sittenwidriges Verhalten gegenüber dem Geschäftspartner haben Rechtsprechung und Literatur insbesondere erblickt in dem Abschluß von sogenannten Knebelungsverträgen oder solchen Verträgen, die auf der Ausnutzung der Monopolstellung eines der Beteiligten basierten.

§ 1 Knebelungsgeschäfte

Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts ist ein Wettbewerbsverbot nach § 138 BGB nichtig, wenn der Gebundene dadurch in seiner wirtschaftlichen Freiheit zeitlich, örtlich und gegenständlich übermäßig beschränkt wird.[2) 3)]

Dieser Knebelungseinwand soll die wirtschaftliche Freiheit des Schuldners schützen. Allerdings bemerkt Flessa [4)] sehr richtig, daß man nicht jede Beschränkung dieser Freiheit sittenwidrig nennen kann.[5)] Ihm ist darin recht zu geben, daß dem Schuldner auch die Freiheit bewahrt werden muß, im Interesse seiner wirtschaftlichen Entwicklung freiwillig auf einen Teil seiner wirtschaftlichen Unabhängigkeit zu verzichten. Ob eine Beschränkung zu beanstanden ist, ergibt erst die Betrachtung aller Einzelumstände und die Abwägung der Belange beider Vertragsteile.[6)]

---

1) Der Sittenverstoß als solcher ist stets ein Verstoß gegen die Belange der Gemeinschaft;
2) vgl. etwa RG in DR 1942/1226 (1227);
3) so heute auch BGH in NJW 1952/1169: Die wirtschaftliche Selbständigkeit muß gewahrt bleiben; ferner OLG Stuttgart in NJW 1958/1875; Erman-Westermann, § 138 Anm.11mm; Staudinger-Coing, § 138 Anm.18cc;
4) in NJW 1953/84;
5) vgl. auch RGZ 165/1 (15);
6) RGZ a.a.O.;

Danach muß zu dem Merkmal der Beschränkung eine vollkommene oder annähernd vollkommene Unterwerfung des Gebundenen unter den Willen des bindenden Unternehmens hinzutreten, also eine so weit gehende wirtschaftliche Abhängigkeit, daß von einer auch nur beschränkten Ausübung eigenen wirtschaftlichen Willens nicht mehr gesprochen werden kann.[1)]

Diese Voraussetzungen sind auch heute noch als gültig anerkannt. So erklärt Staudinger [2)] Verträge für sittenwidrig, welche die Freiheit, insbesondere die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit einer Person vernichten oder übermäßig beschränken, die eine Partei der Willkür der anderen ausliefern, die wirtschaftliche Existenz einer Partei zerstören oder zerstören sollen. Eine Schädigungsabsicht braucht nicht zu bestehen, da die Sittenwidrigkeit in der Unfreiheit begründet ist.[3)]

Das Reichsgericht hat sich mit der Beurteilung von Ausschließlichkeitsbindungen unter diesem Gesichtspunkt vor allem im Zusammenhang mit der Überprüfung von Bierlieferungsverträgen zu befassen gehabt.
Diesen Bierlieferungsverträgen, die übrigens bis in die jüngste Zeit hinein Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen sind,[4)] liegen folgender Sachverhalt und folgende Interessenlage zugrunde: Der Bierabsatz vollzieht sich von den Brauereien über eine Vielzahl von Gastwirtschaften. Je größer die Zahl dieser Gastwirtschaften, desto größere Möglichkeiten hat das Publikum, das Bier dieser Brauerei kennenzulernen und ausgeschenkt zu bekommen. Das Interesse der Brauereien geht also dahin, eine möglichst große Zahl von Gastwirtschaften für den Absatz ihres Bieres zu gewinnen. Dabei kommt ihnen der Umstand entgegen, daß die Einrichtung einer solchen Gaststätte einen mehr oder weniger erheblichen Kapitalaufwand erfordert, daß dieses Kapital aber nur wenigen Gastwirten zur Verfügung steht. Die Brauereien haben sich entschlossen, den Gastwirten dieses

---

1) RGZ 82/308 (313/4);
2) Staudinger-Coing, § 138 Anm.18w;
3) RG in JW 1919/443; Erman-Westermann, § 138 Anm.11p;
4) vgl. z.B. BGH in NJW 1952/344; BGH in NJW 1960/41; OLG Nürnberg in NJW 1955/386;

Kapital in Form eines Darlehns zur Verfügung zu stellen, verlangen dafür aber als Gegenleistung die ausschließliche Abnahme und den alleinigen Ausschank ihres Bieres. Wegen dieser Interessenverknüpfung sind Bierlieferungsverträge von mehrjähriger Laufzeit in Verbindung mit Darlehnsverträgen im Gaststätten- und Brauereigewerbe allgemein üblich.

In diesem Verhalten ist für sich allein auch noch nichts Sittenwidriges zu sehen. Das Bestreben der Brauereien, den Absatz ihres Bieres möglichst zu sichern und zu fördern, ist grundsätzlich als berechtigt anzuerkennen.[1] Wenn Brauereien als geeignetes Mittel zu diesem Zweck Bierlieferungsverträge mit Schankwirten abschließen, so ist dagegen unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit kein Bedenken zu erheben.[2] Diese Verträge sind aber dann mit dem Makel der Sittenwidrigkeit behaftet, wenn die Brauereien darin ihre wirtschaftliche Überlegenheit gegenüber den wirtschaftlich schwachen Gastwirten dazu ausnutzen, ihnen zur Sicherung gegebener Darlehn und des Bierabsatzes Bedingungen aufzuerlegen, die nach Inhalt und zeitlicher Dauer das durch § 138 Absatz I BGB begrenzte Maß übersteigen.[3] [4]

Mit der Frage der Sittenwidrigkeit von Ausschließlichkeitsbindungen in Handelsvertreterverträgen hat sich das Reichsgericht - soweit bekannt - nur in einem Fall zu befassen gehabt.[5] [6] Allerdings wies der beanstandete Vertrag nur agenturvertragsähnliche Züge auf. Der Betroffene war nicht Agent, sondern Eigenhändler.
In dem beanstandeten Vertrag war vereinbart, daß der ganze Vertrag ungültig werde, sobald dem Gebundenen nachgewiesen werden könne, daß er andere Firmen in dem Verkaufsartikel

---

1) OLG Nürnberg in NJW 1955/386;
2) KG in JW 1936/674 (676);
3) KG a.a.O.;
4) vgl. dazu den besonders krassen Fall, den das Reichsgericht in JW 1930/3471 entschieden hat; ferner RG in JW 1936/569;
5) RG in DR 1942/1226;
6) Kürzlich hat auch das Bundesarbeitsgericht in MDR 1960/ S.612 (613) Anhaltspunkte für die Beurteilung eines möglicherweise sittenwidrigen Handelsvertretervertrages gegeben;

"vertrete". Für den Fall der Vertragsauflösung war ein Wettbewerbsverbot für den Gebundenen und eine Vertragsstrafe von RM 50.000,-- bei Zuwiderhandlung festgesetzt. Das Reichsgericht hat diese ganze Vereinbarung für sittenwidrig erklärt, weil ihm dadurch jede Verkaufstätigkeit für eine andere Firma derselben oder ähnlichen Branche sowohl für eigene wie für fremde Rechnung untersagt werde, ohne daß diese Regelung zeitlich oder örtlich irgendwie eingeschränkt wäre. Durch die Erstreckung auf ähnliche Branchen sei sein gegenständlicher Anwendungsbereich nicht recht abzusehen und damit ins Ungewisse gerückt, ein Umstand, der für den Verpflichteten naturgemäß besonders gefährlich und drückend sei. Schließlich werde die Einhaltung dieser außerordentlich weitgehenden Wettbewerbsregelung durch die Vereinbarung der sehr hohen Vertragsstrafe von RM 50.000,-- gesichert.

Solche erdrückenden Vertragsbedingungen treten in der Praxis jedoch zurück. Weit in der Überzahl waren und sind die Fälle, in denen Einschränkungen der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit durch Ausschließlichkeitsbindungen unbeanstandet geblieben sind.[1)]
In allen diesen Fällen wurde etwa bei Bierlieferungsverträgen eine übermäßige Härte für die Gastwirte in der Weise, daß die Bierabnahmepflicht eine drückende Beschränkung, wenn nicht sogar Aufhebung der wirtschaftlichen Selbständigkeit und Unabhängigkeit bedeutete und den Wirt völlig in die Hände der Brauerei gab, verneint.

§ 2 Monopolmißbrauch

Eine vergleichsweise geringe Rolle spielen auch die Beanstandungen von Verträgen, in denen die Vereinbarung einer Ausschließlichkeitsbindung auf einem Monopolmißbrauch beruht. Hierher gehören Ausbeutungsgeschäfte, durch die vom Geschäftsgegner unter Ausnutzung einer Macht- oder Monopolstellung übermäßige Leistungen oder die Übernahme besonders drückender Verpflichtungen zu erzielen oder ihm unangemessene Bedingungen aufzuerlegen.

---

1) vgl. etwa RGZ 67/101 (102); OLG Nürnberg in NJW 1955/386;

Das Sittenwidrige bei der Ausnützung einer Monopolstellung ist die Ausnützung einer Zwangslage des Gegners, der sich dem Willen des Monopolinhabers beugen muß.[1] Insofern berührt ein solches Geschäft sich mit dem Wuchertatbestand des § 138 Absatz II BGB. Anknüpfungspunkt für die Beurteilung des Vertrages unter dem Gesichtspunkt des Monopolmißbrauchs ist denn auch das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung.[2] Voraussetzung ist allerdings das Fehlen ernsthaften Wettbewerbs, also eine Monopolstellung wenigstens tatsächlicher Art.[3]

3. Titel: Keine befriedigende Lösung

Wie diese Untersuchungen gezeigt haben, ist eine zur vollkommenen Abhängigkeit führende Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit den Ausschließlichkeitsbindungen keineswegs immanent, noch sind sie überwiegend oder auch nur häufig Machtinstrumente der Monopolunternehmen.
Daraus folgt, daß das Verbot sittenwidriger Verträge allein kein wirkungsvolles Instrument zur Bekämpfung der nachteiligen Wirkungen von Ausschließlichkeitsbindungen liefern konnte. Zudem ist das Regulativ des § 138 BGB der Rechtssicherheit nicht immer zuträglich.[4] Eine wirksame Bekämpfung mancher bedenklicher Ausschließlichkeitsbindung ist schließlich dadurch erschwert, daß das Gericht den Bindenden mit dem Vorwurf des Sittenverstoßes belasten muß. Es sind jedoch durchaus Fälle denkbar, bei deren überwiegend wirtschaftlicher Ausrichtung dieser Vorwurf ungerechtfertigt erscheinen, dennoch aber die Bindung für den Gebundenen in seiner besonderen Lage als übermäßig angesehen werden muß.[5]
Die Anwendung des § 138 BGB muß sich also auf die Fälle besonders drückender Bindungen beschränken und kann sowohl die Auswirkung auf Dritte wie auch auf die Wettbewerbsverhältnisse und die Gesamtwirtschaft nicht in die Beurteilung einbeziehen.[6]

---

1) BGH in NJW 1958/1772;
2) Biedenkopf, S.203;
3) Enneccerus-Nipperdey, § 191,IV, Palandt-Danckelmann, § 138 Anm.5a bb;
4) Rittner, AB, S.80;
5) Biedenkopf, S.41; Rittner, a.a.O.;
6) vgl. Rittner, AB, S.94;

II. Abschnitt: Speziell wettbewerbsrechtliche Beurteilung

1. Titel: Die Kartell-Verordnung von 1923

Eine rechtliche Handhabe, um auch gegen Beschränkungen Dritter oder Beschränkungen des Wettbewerbs vorgehen zu können, bot im deutschen Recht erstmalig die Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung (Kartell-Verordnung).[1] Aber auch hier erfuhr die Ausschließlichkeitsbindung keine besondere rechtliche Regelung.[2] Rechtsprechung und Schrifttum haben sich deshalb mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Ausschließlichkeitsbindung unter das Kartellverbot des § 1 KartVO falle.

Es war jedoch einhellige Meinung, daß unter "Verträgen" im Sinne des § 1 KartVO nicht reine Individualverträge, sondern nur Verträge mit Gesellschaftscharakter zu verstehen seien.[3] Man interpretierte den Wortlaut des § 1 KartVO dahin, daß für seine Anwendbarkeit Gemeinsamkeit des Zwecks und ferner die Unterwerfung des Einzelnen unter einen Gesamtwillen erforderlich seien,[4] es sich also um einen Gesellschaftsvertrag handeln müsse.[5]

Ausschließlichkeitsbindungen sind jedoch gerade das Ergebnis von Individualvereinbarungen, die aus dem Interessengegensatz von Anbieter und Nachfrager geboren werden: Hier handelt es sich nur um eine völlig einseitige Verpflichtung, um eine bloße Nebenleistung eines normalen Lieferungsgeschäfts und damit nicht um einen Gesellschaftsvertrag. Erforderlich war aber gerade, daß sich beide Parteien zu wechselseitigem Schutze, also zu einem gemeinsamen Zweck zusammenschlossen. Andere Verträge als Kartellvereinbarungen wurden nicht von der KartVO betroffen.

---

1) vom 2.11.1923 (RGBl. I/1067), geändert durch Gesetz über Änderung der Kartellverordnung vom 15.7.1933 (RGBl. I/487), weiter geändert durch § 59 des Gesetzes über das Reichswirtschaftsgericht vom 25.2.1938 (RGBl. I/216);
2) Biedenkopf, S.43;
3) vgl. Callmann, Anm.11 zu §§ 1 bis 3; Spengler in MA 1951/513;
4) Callmann, a.a.O.;
5) Isay-Tschierschky, § 1 Anm. A,III,1 = S.127; Isay in JW 1930/1749;

Wohl hat man sich auch mit ihnen befaßt. So stellt Isay [1] fest, daß sich Verpflichtungen der in § 1 KartVO aufgezählten Art in zahlreichen Verträgen fänden, bei denen häufig auch eine Absicht der Marktbeeinflussung nicht geleugnet werden könne. Er nennt in diesem Zusammenhang ausdrücklich auch die Agenturverträge, stellt aber fest, daß derartige Abmachungen nicht mehr unter die KartVO fallen sollten, um nicht das Anwendungsgebiet der KartVO auf Abmachungen zu erweitern, die man bei Erlaß der KartVO sicherlich nicht im Auge gehabt habe, und die kein Nationalökonom jemals als Kartell bezeichnen würde.

2. Titel: Die alliierten Dekartellierungsbestimmungen

Nach 1945 bestimmte sich die Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen nach den alliierten Dekartellierungsvorschriften.[2] [3] Diese Vorschriften blieben auch nach dem Inkrafttreten der Bonner Verträge [4] anwendbar [5] und wurden erst mit Wirkung vom 1. Januar 1958 durch das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [6] aufgehoben.[7]

Durch die Dekartellierungsbestimmungen der Besatzungsmächte wurde auch das Problem der Ausschließlichkeitsbindungen in Deutschland zum ersten Mal gesetzgeberisch erfaßt.[8] Allerdings regelte auch das Ges.Nr.56 den Tatbestand der Ausschließlichkeitsbindung nicht ausdrücklich, sondern bezeichnete die von ihm verbotenen Absprachen durch die Wirkung, die sie entfalteten.[9]

---

1) in JW 1930/1749;
2) Militärregierungsgesetz Nr.56 für die amerikanische Besatzungszone und Militärregierungsverordnung Nr.78 für die britische Besatzungszone, die inhaltlich übereinstimmten (im folgenden wird deshalb nur das Gesetz Nr.56 zitiert);
3) s. unter Ges.Nr.56 und VO Nr.78;
4) Bekanntmachungen vom 30.3.1955 und vom 5.5.1955 in BGBl. II/301 und 626;
5) BGH in NJW 1956/959; OLG Nürnberg in BB 1956/60;
6) vom 27. Juli 1957 (BGBl. I/1081);
7) § 109 Absatz II Ziffer 14 und 15 in Verbindung mit § 109 Absatz I GWB;
8) Bussmann in WuW 1953/135;
9) Biedenkopf, S.71; Rittner, AB, S.96;

Die Darstellung der Rechtslage in der Zeit von dem Inkrafttreten der alliierten Dekartellierungsbestimmungen bis zum 31.12. 1957 ist nicht zuletzt deshalb wichtig, weil verschiedentlich versucht wird, aus der Regelung in jenen Vorschriften Rückschlüsse auf die Anwendung des GWB zu ziehen und weil viele der dort gebrachten Argumente auch bei der Diskussion über die Anwendbarkeit des GWB wieder verwandt werden.

§ 1 Die Verbotsnorm

Die maßgebliche Regelung für Ausschließlichkeitsbindungen fand sich in Art.I Nr.1 und 2 des Ges.Nr.56 mit den Begriffsbestimmungen in Art.V Ziffer 9 c 2.
Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift war jeder Ausschluß von Personen von Marktgebieten oder geschäftlichen Tätigkeitsbereichen verboten. Da jede Ausschließlichkeitsbindung notwendig zu einem solchen Ausschluß führt, waren von der Ziffer 2 grundsätzlich alle Fälle dieser Vereinbarungen betroffen und damit als unzulässig anzusehen.

§ 2 Die Ausnahmeregelung in Art.V Ziffer 9 c 2

Eine Ausnahme in eng begrenzter Form war allerdings für die "agents" vorgesehen.
Die nähere Bestimmung dieser Ausnahme hat der deutschen Rechtsprechung und dem Schrifttum nicht geringe Schwierigkeiten bereitet. Unklarheiten ergaben sich zunächst bei der Einordnung des Ausdrucks "distributing agent" und der Begriffsbestimmung der "merely bona fide arrangements".

I. "distributing agent"

Der Ausdruck "distributing agent" wurde in den deutschen Texten zunächst mit "Großhandelsvertreter" übersetzt,[1] diese Beschränkung anfangs auch vereinzelt von Rechtsprechung [2] und Schrifttum [3] übernommen.

---

1) vgl. die den Texten des Ges.Nr.56 und der VO Nr.78 beigefügten amtl. Übersetzungen und auch Remmert, S.10 und 31;
2) BGH in NJW 1952/344 (345); BGH in WuW 1952/420; OLG Düsseldorf in WuW 1951/69;
3) Benisch in WuW 1953/219 (221); Bussmann in WuW 1953/131 (137); Ewald in AW 1950/524 und in BB 1953/307 (308); Würdinger in GRUR 1949/276;

Demgegenüber wurde jedoch sehr bald darauf hingewiesen, daß die Ausnahmeregelung in Art.V Ziffer 9 c 2 nicht auf den Großhandelsvertreter beschränkt sei, sondern jeden Vertreter mit Verteilerfunktion, also auch den Einzelhandelsvertreter betreffe, sofern er nur Vertreter im Sinne des § 84 HGB sei.[1) 2)]

II. "bona fide"

Auch der "bona fide" - Klausel wurde zunächst keine ganz einheitliche Bedeutung beigelegt.
So meinte Benisch,[3)] das Ges.Nr.56 erlaube damit ausdrücklich Konkurrenzvereinbarungen zwischen Geschäftsherrn und Agenten, soweit diese sich in "üblichen Grenzen" bewegten. Die Vereinbarungen müßten "den Gewohnheiten des entsprechenden Handelszweiges entsprechen". Darüberhinaus seien auch unübliche Konkurrenzklauseln erlaubt, wenn sie mit der Rule of Reason[4)] vereinbar seien. Benisch[5)] leitete das aus dem Kelleher-Schreiben[6)] her, das nicht nur für Verträge mit Eigenhändlern, sondern gleichermaßen auch für solche mit Agenten gelte. Danach dürften solche Klauseln nicht zu einer Beschränkung des Wettbewerbs im Rahmen des Gesamtmarktes einer bestimmten Ware führen.
Diese Bestimmung jedoch dürfte unscharf sein.

Die Worte "merely bona fide" sind aus sich heraus nicht ohne weiteres verständlich, sofern man nicht die Rechtsprechung zu

---

1) LG Stuttgart in NJW 1952/827; OLG Düsseldorf in WuW/E OLG 193; Erlaß des BWM vom 30.4.1957 in WuW/E BWM 96; Biedenkopf, S.82; Gleiss in BB 1950/377; Huber I, S.360; Jacobsohn in BB 1953/609 (610); Rittner, AB, S.97; Schmidt-Rimpler, Gutachten, S.35; Sieg in BB 1951/295;
2) Daß sich die Ausnahmevorschrift für die Handelsvertreter sehr bald als zu eng erwies und nach dem Kelleher-Brief vom 31.1.1951 (abgedr. in WuW 1951/2, S.927) durch Einführung der Rule of Reason auch gewisse Eigenhändler in den Bereich der Ausnahmevorschrift des Art.V Ziffer 9 c 2 einbezogen wurden, braucht an dieser Stelle nicht zu interessieren;
3) in WuW 1953/219 (223/4);
4) vgl. zu diesem Begriff etwa Benisch in WuW 1953/219 (220); Schwenk in WuW 1957/339 ff;
5) a.a.O., S.224;
6) vom 31.1.1951 (abgedr. in WuW 1951/2, S.927);

Sec.3 Clayton Act heranzieht. Da nämlich diese Bestimmung nur Kauf-, Miet- und Pachtverträge betrifft, wurde vielfach der Versuch gemacht, insbesondere Kauf- (Lieferungs-) verhältnisse als agencies zu tarnen und so das Gesetz zu umgehen.[1] Auf diese Umgehungsfälle ist der Ausdruck gemünzt; "bona fide" wird auch allgemein als "ohne Umgehungsabsicht" gedeutet.[2]

Dieses Erfordernis war in der Regel dann als gewahrt erachtet, wenn es sich um einen branchenüblichen Vertrag handelte.[3] Allgemein wird aber bei der Untersuchung, wann Agenturverträge nur die Hülle für wettbewerbsbeschränkende Abreden bilden, die Feststellung einen wichtigen Fingerzeig geben, inwieweit der Unternehmer durch den Agenturvertrag oder eine Mehrzahl solcher Verträge das unternehmerische Risiko des Verkaufsgeschäfts übernimmt.[4] Auch die Eigentumsverhältnisse an der Ware sind für eine Nachprüfung geeignet.[5]

III. "not designed to reduce competition"

Die Dekartellierungsgesetze erkannten eine Ausnahme von dem Verbot der Ausschließlichkeitsbindungen zugunsten der "distributing agents" jedoch nur an, wenn die "arrangements" "not designed to reduce competition" waren.
Aus der Wahl des Wortes "design" wurde allgemein geschlossen, daß nicht etwa auf die Wirkung, sondern auf die Absicht der Vereinbarung abgestellt werden sollte.[6] [7]

---

1) Nachweise bei Rittner, AB, S.97;
2) OLG Düsseldorf in WuW/E OLG 193; Ewald in BB 1953/307 (309); Rittner, AB, S.97; Schmidt-Rimpler, Gutachten, S.38; im Ergebnis auch Jacobsohn in BB 1953/609 (612), obwohl er auf S.610 den "bona fide" - Vereinbarungen solche Absprachen gegenüber zu stellen scheint, die absichtlich zum Zwecke der Beschränkung des Wettbewerbs getroffen werden;
3) vgl. etwa LG Stuttgart in NJW 1952/827;
4) Mestmäcker in JZ 1954/621 (623);
5) Biedenkopf, S.82; Schmidt-Rimpler, a.a.O.;
6) so insbes. OLG Düsseldorf a.a.O.; Schmidt-Rimpler, a.a.O.; a.A. offenbar BGH in WuW 1952/924, der es auf die Eignung abstellt, die allgemeine Marktlage oder den Preis zu beeinflussen, und Spengler in MA 1951/513;
7) auf die Frage, ob nicht fast immer auch eine Beschränkungsabsicht vorliegt (die Ausschließlichkeitsbindung beeinflußt notwendig die Wettbewerbssituation, vgl. oben S.8 und Müller-Gries, § 18 Anm.12), soll hier noch nicht näher eingegangen werden; vgl. aber etwa Ewald in BB 1953/307 (309);

Das Merkmal der fehlenden Beschränkungsabsicht wurde an verschiedenen Kriterien gemessen.

1. Branchenüblichkeit

In der Regel wurde auch hier die Branchenüblichkeit zum Beweis dafür angeführt, daß die Bindung nicht die Beschränkung des Wettbewerbs bezwecke.[1] Dieses Argument allein ist jedoch nicht stichhaltig.
Die "Branchenüblichkeit" mag zwar ein Anhaltspunkt dafür sein, daß es sich um "bona fide" - Absprachen handelt, nicht aber dafür, daß sie auch ohne Beschränkungsabsicht vorgenommen worden sind. Bereits im Kelleher-Schreiben [2] wurde für den Fall, daß es sich bei der Ausschließlichkeitsvereinbarung zwischen Hersteller und Eigenhändler um einen Vertrag aus einer Reihe gleicher, von einem Hersteller in beherrschender Stellung abgeschlossener Verträge handelt, darauf hingewiesen, daß ein solcher Vertrag auf einen Verstoß gegen das Gesetz hinauslaufen könne. Auf die Bedenken gegen die Ansicht, daß von einer Absicht zur Wettbewerbsbeschränkung angesichts der Branchenüblichkeit der Bindung nicht mehr gesprochen werden könne, haben ganz allgemein - auch ohne daß es sich um einen Hersteller in beherrschender Position zu handeln brauchte - schon Mestmäcker,[3] Rittner [4] und Biedenkopf [5] hingewiesen.
Zunächst einmal besagt die Tatsache der Branchenüblichkeit nichts dafür, daß die Vereinbarung auch im Hinblick auf den Wettbewerb und auf andere rechtspolitische Grundsätze billigenswert ist; weiter aber wird die Ausschließlichkeitsbindung um so bedenklicher, je gebräuchlicher sie in einem Geschäftszweig ist: Je verbreiterter das System der Ausschließlichkeitsklauseln, desto dichter ist der Markt abgeriegelt. Die Branchenüblichkeit ist also vielmehr ein Hinweis darauf, daß die Wettbewerber die gegenseitigen Wettbewerbsmöglichkeiten sogar in einem ganz erheblichen Maße beschneiden.

---

1) vgl. z.B. BGH in NJW 1952/344 (345) = Bierlieferungsvertrag; OLG Celle in BB 1953/486; OLG Düsseldorf in WuW/E OLG 193 (196); v.Brunn in NJW 1952/344;
2) vom 31.1.1951, abgedr. in WuW 1951/2, S.927;
3) in JZ 1954/621 (623);
4) AB, S.121;
5) S.85;

2. Wirtschaftliche Zweckmäßigkeitserwägungen

Verschiedentlich hat man sich mit einem Hinweis auf die Branchenüblichkeit auch nicht begnügt, sondern wirtschaftliche Zweckmäßigkeitserwägungen zur Begründung und Rechtfertigung mit herangezogen.[1)]

So wurde die Ausschließlichkeitsklausel im Tankstellengeschäft zwischen den Mineralölfirmen und den Tankstelleninhabern[2)] damit gerechtfertigt, daß sie einer erhöhten Marktpflege und einer besseren Vertriebspolitik diene. Die weitgehende Motorisierung des Verkehrs und die ständige technische Weiterentwicklung hätten es mit sich gebracht, daß die richtige Betreuung und Wartung eines Kraftfahrzeugs von besonderer Bedeutung und geradezu zu einer Vertrauensfrage geworden sei. Dabei spiele die richtige Auswahl und Verwendung der Mineralölprodukte eine besondere Rolle. Jede Mineralölfirma müsse daher Wert darauf legen, daß "ihre" Tankstelleninhaber mit den besonderen Eigenschaften und Vorzügen ihrer Erzeugnisse vertraut sind und diese der Kundschaft näherbringen können. Dies sei regelmäßig nur dann gewährleistet, wenn der Tankstelleninhaber nur die Erzeugnisse einer Firma vertreibe. Auch die Kraftfahrer würden im allgemeinen eine Tankstelle vorziehen, die nur oder mindestens vorwiegend die Erzeugnisse einer bestimmten Mineralölfirma führten, weil sie dann davon ausgehen könnten, daß der Tankstelleninhaber über die Vorzüge und Verwendungsweise dieser Produkte unterrichtet sei.

Diese Beweisführung erscheint nicht überzeugend. Das Oberlandesgericht Frankfurt[3)] hat dieser Argumentation in einem Fall, in dem eine Einkaufsgenossenschaft für den Fachbedarf der Ärzte und Zahnärzte von einem Fertigungsunternehmen gebunden wurde, entgegengehalten, daß beim Verkauf der in Frage stehenden Erzeugnisse eine nur durch entsprechende Schulung des Verkaufspersonals erreichbare sachkundige Beratung der Abnehmer nicht erforderlich sei. Infolgedessen käme auch eine Absatzbeschränkung aus diesem Grunde nicht in Betracht. Das OLG Frankfurt

---

1) z.B. OLG Düsseldorf in WuW/E OLG 193 ff;
2) die Handelsvertreter waren;
3) in WuW/E OLG 101 ff;

hat nur für Ausnahmefälle anerkannt, daß die Notwendigkeit eines Kundendienstes eine Absatzbeschränkung rechtfertige. Es hat dabei vor allem an den Fall gedacht, daß der Kunde auf den technischen Rat des Fachhändlers hinsichtlich des Gebrauchs und der Erhaltung der Waren angewiesen sei und als Beispiel dafür Röntgenapparate und chirurgische Instrumente angeführt.

Bei dem Verkauf von Mineralölprodukten liegt eine vergleichbare Sachlage aber gewiß nicht vor. Die dort in Betracht kommenden Beratungen und Hilfeleistungen erfordern nur die allgemein branchenüblichen Warenkenntnisse, die man von jedem Tankstelleninhaber und seinen Angestellten erwarten muß, und nicht Spezialkenntnisse, die sich auf die Erzeugnisse einzelner Mineralölfirmen beziehen und nur durch eine von diesen betriebene Schulung erworben werden können.
Selbst bei Erzeugnissen und Fabrikaten anderer Industriezweige, bei denen man die Notwendigkeit einer Personalschulung bejahen könnte, würde es an der weiteren Voraussetzung fehlen, daß bei einer solchen Schulung eine Absatzbindung unerläßlich ist. Sie wäre es nur dann, wenn sich im anderen Fall wegen der Vielzahl der Handelsvertreter eine sinnvolle Schulung gar nicht mehr durchführen ließe. Dem Unternehmen steht es jedoch frei, den Kreis der Handelsvertreter, mit denen es zusammenarbeiten will, zahlenmäßig zu begrenzen: es ist nicht verpflichtet, mit jedem Handelsvertreter in vertragliche Beziehungen zu treten, der sich für die Erzeugnisse gerade dieses Unternehmens interessiert.

Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs [1] bezwecken Ausschließlichkeitsvereinbarungen dann keine Beschränkung des Wettbewerbs, wenn die Schaffung eines zuverlässigen Absatzsystems für die Artikel des Unternehmens im Vordergrund stand.[2] Aber auch das ergibt eher einen Ansatzpunkt für die gegenteilige Beurteilung. Mit dieser Motivation wird nichts anderes gesagt, als daß beabsichtigt wird, den Absatz der eigenen Erzeugnisse auf Kosten der Mitbewerber in der Weise zu fördern,

1) in WRP 1959/245 (246);
2) vgl. auch OLG Celle in WuW/E OLG 46: Die Verminderung des Wettbewerbs im Tankstellengeschäft sei nicht das eigentliche Ziel des Vertrages;

daß diesen Mitbewerbern die Möglichkeit genommen wird, auch ihrerseits mit den in Betracht kommenden Handelsvertretern zusammenzuarbeiten. Andere Hersteller werden also gehindert, sich angemessene Absatzkanäle für ihre Waren zu sichern.[1] Nach Ewald [2] verfolgt die Ausschließlichkeitsklausel deshalb auch nur den Zweck, diese Wettbewerber vom Markt auszuschalten.

Walther [3] schließlich stellt einen ganz allgemeinen Grundsatz auf:Diene die Ausschließlichkeitsbindung dem Ziel, eine bestimmte unternehmerische Leistung zu erbringen und zu sichern, so sei sie in der Regel legitim;[4] solle hingegen mittels einer Ausschließlichkeitsklausel wirtschaftliche Macht aufgebaut und ausgeübt werden, die über die Erfordernisse der Leistungssicherung hinaus den Wettbewerb beschränke, so sei sie unerlaubt. Die Beurteilung dessen, was zur Leistungssicherung notwendig sei, müsse grundsätzlich pflichtgemäßem unternehmerischem Ermessen überlassen bleiben.
Damit zieht sich Walther jedoch auf sehr allgemeine Bemerkungen zurück und gibt kein brauchbares Unterscheidungsmerkmal dafür, was denn nun Ausschließlichkeitsbindungen eigentlich erlaubt und was sie unerlaubt macht.

3. Weitere Argumente

Gegenüber den genannten Gesichtspunkten, die speziell im Hinblick auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art.V Ziffer 9 c 2 geltend gemacht wurden, hat es nicht an Untersuchungen gefehlt, die Zulässigkeit von Bindungen des Handelsvertreters aus allgemeinen Überlegungen herzuleiten. Die Behandlung der Ausschließlichkeitsbindungen unter der Geltung der alliierten Dekartellierungsgesetze soll jedoch nicht weiter verfolgt werden: Die gleichen Argumente für die Zulässigkeit der Ausschließlichkeitsbindungen tauchen nämlich auch bei der Behand-

---

1) vgl. auch Benisch in WuW 1953/219 (224);
2) in BB 1953/307 (309);
3) in WuW 1957/571 (572);
4) der Bundesgerichtshof erkennt in WuW 1952/924 ein Wettbewerbsverbot zur Sicherung der "schutzwürdigen Belange" des Unternehmens an;

lung des GWB wieder auf. Sie sollen deshalb dort im Zusammenhang einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

Hingewiesen sei nur auf die Argumentation Würdingers [1] und des ihm folgenden Oberlandesgerichts München,[2] die Zulässigkeit einer Beschränkung des Handelsvertreters folge aus der Wettbewerbsfreiheit des Unternehmers und auf die anfangs recht stark vertretene Meinung, die Zulässigkeit ergebe sich aus dem Eigentumsrecht des Unternehmers.[3]

---

1) in RGRK.z.HGB, Vorbem.2 zu § 84;
2) in BB 1956/20;
3) vgl. z.B. Ewald in AW 1950/524; Huber I, S.360/1; Sieg in BB 1951/295 (296); Würdinger in GRUR 1949/276;

C. DIE ZULÄSSIGKEIT VON AUSSCHLIESSLICHKEITS-KLAUSELN IN HANDELSVERTRETERVERTRÄGEN NACH DEM GESETZ GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN

I. Abschnitt: Die gesetzlichen Tatbestände

Das GWB trifft für Bindungen des Handelsvertreters in seinem Vertrag mit dem Unternehmer keine ausdrückliche Regelung; es verwendet in seinen Vorschriften auch nicht den Begriff der "Ausschließlichkeitsbindung". Da das GWB aber für eine Reihe von Individualvereinbarungen Regelungen getroffen hat, wird die Frage praktisch, in welchen Komplex sich Bindungen des Handelsvertreters möglicherweise einordnen lassen. In Betracht kommen hier die Tatbestände der §§ 15 und 18 GWB.

Fällt die Verpflichtung eines Handelsvertreters zu ausschließlicher Tätigkeit für einen bestimmten Unternehmer unter § 15 GWB, hätten derartige Verpflichtungen nach Inkrafttreten des GWB für die Zukunft nicht mehr rechtswirksam vereinbart werden können; früher vereinbarte wären mit Ablauf des 30. Juni 1958 ungültig geworden (§ 106 Absatz I GWB). Sollte die Anwendbarkeit des § 15 GWB dagegen zu verneinen sein, so ergäbe sich die weitere Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Bindungen des Handelsvertreters gemäß § 18 GWB für unwirksam erklärt werden können.

Die in Frage stehenden Beschränkungen des Handelsvertreters richten sich gegen seine Freiheit, sich für den sachlichen Geltungsbereich des Vertrages seine Geschäftspartner frei zu wählen. Er muß darauf verzichten, mit bestimmten anderen Unternehmern in geschäftliche Beziehungen zu treten. Die Bindungen richten sich also gegen seine Abschlußfreiheit.

§ 15 GWB betrifft jedoch nur eine Beschränkung der Inhaltsfreiheit bei dem Abschluß eines Vertrages mit Dritten. Die Verpflichtung zum ausschließlichen Geschäftsverkehr, die Verpflichtung also, mit Dritten überhaupt nicht in rechtsgeschäftliche Beziehungen auf dem Vertragsgebiet zu treten, wird durch § 15 GWB nicht erfaßt.

Auf Ausschließlichkeitsvereinbarungen in Handelsvertreterverträgen könnte also nur § 18 GWB Anwendung finden.[1] Das hätte die Folge, daß derartige Bindungen grundsätzlich wirksam sind und nur einer Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde unterliegen. Mit dieser Klarstellung wird die Frage der Einordnung von Ausschließlichkeitsklauseln jedoch nicht etwa nebensächlich, wie man aus einer Bemerkung von Schwartz [2] herauslesen könnte. Allerdings ergibt sich durch die Bestimmung des § 18 GWB eine veränderte Ausgangslage gegenüber dem grundsätzlichen Verbot in den alliierten Dekartellierungsgesetzen: Die Vertragsparteien haben nach dem geltenden Recht nicht mehr die Sanktion der Nichtigkeit zu fürchten. Sie müssen jedoch immer mit der latenten Drohung rechnen, daß die Kartellbehörde von ihrer Eingriffsbefugnis Gebrauch macht und werden demzufolge auch heute noch dazu gezwungen, ihre Dispositionen unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zu überprüfen.

II. Abschnitt: Behandlung im Hinblick auf § 18 GWB

Es gibt wohl kaum eine kritische Auseinandersetzung mit dem Tatbestand des § 18 GWB, die es versäumt, die Ausschließlichkeitsbindung des Handelsvertreters im Hinblick auf diese Gesetzesbestimmung zu untersuchen.

Im Ergebnis ist man nahezu einhellig der Auffassung, daß die Ausschließlichkeitsbindungen in Handelsvertreterverträgen unbedenklich im Sinne des GWB sind.

Meist wird dabei in eine Prüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 18 GWB gar nicht eingetreten, sondern mit unterschiedlichen Begründungen nachzuweisen versucht, daß diese Vorschrift für Ausschließlichkeitsbindungen des Handelsvertreters eine Regelung überhaupt nicht treffen wollte.[3] [4] Die Bindun-

---

1) vgl. zur Abgrenzung von §§ 15 und 18 GWB etwa Müller-Gries, § 18 Anm.1; Rittner in Betr. 1957/1091;
2) in Müller-Henneberg, § 18 Anm.14;
3) vgl. z.B. Rasch in WuW 1958/209 (214); Rittner in Betr. 1957/1091 (1095);
4) Rittner bezeichnete die Rechtslage im Hinblick auf die Handelsvertreterverträge bei einer Untersuchung zu § 13 des Entwurfs (AB, S.150) als "zumindest unklar";

gen, die dem Handelsvertreter durch den Vertretervertrag auferlegt würden, seien wettbewerbskonform. Sie stellten also gar keine wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen dar.[1] Wenn das richtig ist, ist das GWB überhaupt für ganz andere wirtschaftliche Erscheinungsformen als das Handelsvertreterverhältnis und die daraus erwachsenden Rechtsbeziehungen geschaffen. Es erübrigt sich dann, angesichts der besonderen Lage des Handelsvertreterverhältnisses auf die weiteren Erfordernisse des § 18 GWB einzugehen.[2]

Nach einer anderen Ansicht findet § 18 GWB ohne eine Beschränkung Anwendung auf alle Institute des Wirtschaftslebens. Es werden keine Rechtsbeziehungen, insbesondere also nicht die Ausschließlichkeitsbindungen in Handelsvertreterverhältnissen, von vorneherein ausgenommen. Die Frage nach der Anwendung des GWB soll vielmehr in jedem Falle durch Subsumtion des Lebenssachverhalts unter die Tatbestände des GWB beantwortet werden.[3] Danach wäre bei jeder einzelnen Bindung zu untersuchen, ob sie den Tatbestand des § 18 GWB erfüllt und damit der Kartellbehörde eine Eingriffsmöglichkeit gibt.

1. Titel: Generelle Anwendbarkeit des § 18 GWB

Für die Auffassung, daß die im Rahmen der Rechtsbeziehungen zwischen dem Handelsvertreter und dem von ihm vertretenen Unternehmen getroffenen Wettbewerbsabsprachen überhaupt nicht in den Anwendungsbereich des GWB hineinreichen, wird eine Vielzahl von Argumenten gebracht.

§ 1 Hinweis auf die Behandlung in den alliierten Dekartellierungsgesetzen

Der erste Hinweis gilt häufig der Behandlung dieser Frage in den unmittelbaren Vorläufern des GWB, den alliierten Dekartellierungsgesetzen.[4] Der Versuch, die Rechtsverhältnisse der

---

1) Schmidt-Rimpler, Gutachten, S.47;
2) so Schmidt-Rimpler, a.a.O.;
3) vgl. etwa Budczies, S.74; Roidl in DAR 1959/286 (289);
4) vgl. etwa Rasch in WuW 1958/208 (211);
Rittner in Betr. 1957/1118;

Handelsvertreter mit einem Hinweis auf ihre Behandlung in den Dekartellierungsgesetzen auch aus dem Geltungsbereich des GWB herauszuhalten, begegnet jedoch durchgreifenden Bedenken.

Einmal waren schon nach dem Wortlaut dieser Bestimmungen Ausschließlichkeitsbindungen in Handelsvertreterverträgen nicht auf jeden Fall von dem Verbot des Art.V Ziffer 9 c 2 Ges.Nr.56 ausgenommen,[1] wenn man auch diejenigen Absprachen, die Gegenstand von Entscheidungen und Besprechungen waren, für zulässig erachtet hat. Zum anderen waren die Interpretationen, mit denen dieses Ergebnis erstrebt wurde, nicht überzeugend. Schließlich aber ist überhaupt fraglich, ob die Dekartellierungsgesetze und die Rechtspraxis aus jener Zeit bei der Auslegung und Anwendung eines neuen deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ohne weiteres herangezogen werden dürfen.[2]

Entsprechende Folgerungen wären nur unter zwei Voraussetzungen zulässig. Einmal kommt es darauf an, ob die Zielsetzung des GWB noch der Zielsetzung der Dekartellierungsgesetze entspricht. Unabhängig davon ist zu prüfen, inwieweit aus der Regelung in jenen Gesetzen überhaupt Schlüsse auf die Anwendung und den Geltungsbereich des GWB gezogen werden dürfen.

Zweck des GWB ist lediglich, die Rechtsordnung entsprechend der mit parlamentarischer Mehrheit getroffenen Grundentscheidung für die Marktwirtschaft [3] so zu gestalten, daß der Wettbewerb, wo immer er möglich erscheint, erhalten und ermutigt und sein Ausschluß nur dort gestattet wird, wo dies unter gesamtwirtschaftlichen Aspekten ausnahmsweise aus Gründen des Gemeinwohls erforderlich erscheint.[4] Die Begründung [5] bekennt sich ausdrücklich zu diesem Ziel mit der Formulierung: "Das GWB stellt eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft dar. Es soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Ten-

---

1) sondern nur, wenn sie nicht zur Beschränkung "bestimmt waren";
2) vgl. zum umgekehrten Fall, Heranziehung des Regierungsentwurfs zum GWB für die Auslegung des Ges.Nr.56, OLG Frankfurt in WuW/E OLG 101;
3) vgl. dazu Brugger in WuW 1959/467 (468);
4) Müller-Henneberg, Einf., S.61;
5) Begr.A,I, abgedr. in Müller-Henneberg, S.1057;

denzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt".[1] Demgegenüber stellten sich die für die amerikanische und für die britische Besatzungszone erlassenen Dekartellierungsbestimmungen in ihrer Präambel an erster Stelle die Aufgabe, "Deutschlands wirtschaftliche Fähigkeit zur Kriegsführung zu zerstören" und "Konzentrationen der Wirtschaft, wie sie insbesondere Kartelle ... und sonstige Typen von monopolistischen oder beschränkenden Abkommen darstellen, die von Deutschland als politische oder wirtschaftliche Angriffswerkzeuge benutzt werden könnten, so bald wie möglich zu beseitigen." Die Dekartellierungsgesetze bezweckten demnach vor allem, die deutsche Wirtschaft zu schwächen,[2] die zulässige Unternehmensgröße auf die bei Kriegsende verbliebenen westdeutschen Miniaturmärkte zuzuschneiden, und sie hatten die Wirtschaftszersplitterung und den uneingeschränkten Wettbewerb gerade auch wegen seiner störenden Wirkungen verfügt.[3]

Während also das GWB allein wirtschaftspolitische Gründe verfolgt, wollten die alliierten Dekartellierungsgesetze - zumindest in erster Linie - die mögliche Gefahr bekämpfen, die in einer geballten wirtschaftlichen Macht schlummern konnte. Das erste Ziel der Dezentralisationsgesetze war also - entsprechend ihrer Grundlage in Artikel 12 des Potsdamer Abkommens - ein militärisch-politisches, das unmittelbar mit der Unterwerfung Deutschlands zusammenhing.[4] Den in den einleitenden Bestimmungen der beiden Gesetze umrissenen Motivationen kommt dabei der Charakter einer für die nachfolgenden Einzelvorschriften maßgeblichen Auslegungsnorm zu; sie sind kein unverbindliches Programm, sondern ein interpretationsbestimmender Gesetzesteil. Die Einzelvorschriften sind also nur dort anzuwenden, wo durch wettbewerbsbeschränkende, insbesondere monopolistische Zusammenfassungen eine "übermäßige Konzentration der deutschen Wirtschaftskraft" herbeigeführt wird, die entweder Sicherheit und Frieden oder eine gesunde Wirtschaftsverfassung gefährdet.[5]

---

1) vgl. auch Brugger in WuW 1959/467 (469);
2) Langen,Einf., S.51; Müller-Gries, Einl. Anm.8;
3) Würdinger in WuW 1953/725; ferner BGH in NJW 1952/344;
4) Möhring in GRUR 1949/271; BGH in NJW 1952/502;
   OLG Frankfurt in WuW/E OLG 101 (102);
5) vgl. Huber I, S.341;

An dieser verschiedenen Zielsetzung beider Gesetze wird sich auch eine vergleichende Untersuchung zu orientieren haben.

Aus den aufgezeigten Unterschieden folgt zunächst, daß die Ausnahmebestimmung für Handelsvertreter in Art.V Ziffer 9 c 2 der alliierten Dekartellierungsgesetze nicht notwendig auch eine entsprechende Behandlung durch das GWB bedingt.

Abgesehen davon aber, daß die Intention der alliierten Dekartellierungsgesetze und des GWB zunächst nur soviel gemeinsam haben, daß sie für bestimmte Wettbewerbstatbestände geschaffen sind, dabei aber einander in den vergleichbaren Normierungen nicht zu entsprechen brauchen, darf zum anderen auch nicht übersehen werden, daß die Dekartellierungsgesetze ihre Wurzeln im amerikanischen Antitrustrecht haben, das GWB hingegen eine rein deutsche Schöpfung ist. Zwar sind bei Schaffung des GWB die Erfahrungen genutzt, die man in den U.S.A. als dem Land der klassischen Antitrustgesetzgebung gemacht hat; man hat aber weder die Systematik jener Gesetze übernommen, noch sich den Wünschen der ehemaligen Besatzungsmächte um Aufnahme bestimmter Formulierungen gebeugt.
Wenn schon während der Geltung der alliierten Dekartellierungsgesetze auf die spezielle Problematik der Übertragung von in der amerikanischen Wirtschaftsphilosophie wurzelnden rechtspolitischen Zielsetzungen und rechtstechnischen Kategorien auf unsere, durch eine andere Verfassungsentwicklung bestimmten Verhältnisse [1] und darauf hingewiesen wurde, daß der amerikanischen Antitrust-Praxis keinesfalls die Kraft von maßgeblichen Präzedenzentscheidungen zukomme,[2] erscheint eine erhöhte Vorsicht angebracht, sobald es um die Anwendung und Auslegung eines rein deutschen Gesetzes geht.

§ 2 Die Regelung in den §§ 90a und 92a HGB

Das Ergebnis läßt sich auch nicht mit einem Hinweis darauf begründen, daß die §§ 90a und 92a HGB Wettbewerbsabreden zwischen dem Unternehmer und dem Handelsvertreter ausdrücklich zulassen.

---

1) Müller-Henneberg, Einf., S.52;
2) Huber I, S.341;

Das möchte jedoch Rasch.[1] Er meint, daß die Regelung des § 18 GWB Verträge voraussetze, bei denen Wettbewerbsbeschränkungen eine zusätzliche, dem Vertragstypus im allgemeinen nicht eigene Bedeutung hätten. Sie sei sinnlos mit Bezug auf Verträge, denen bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen wesenseigen seien. Gerade das aber sei bei dem Vertragsverhältnis des Einfirmenvertreters der Fall. Rittner [2] spricht in ähnlichem Zusammenhang davon, daß § 92a HGB den Einfirmenvertreter als dispositive Rechtsfigur ausdrücklich anerkenne.

Zunächst ist festzuhalten, daß sich ein besonderes Wettbewerbsverbot für den Handelsvertreter im Handelsgesetzbuch nicht findet.[3] Inwieweit sich ein solches Wettbewerbsverbot während der Vertragszeit aus dem allgemeinen Grundsatz des § 84 HGB und der Pflicht zur Interessenwahrung gemäß § 86 Absatz I HGB ergeben könnte, soll einstweilen zurückgestellt werden.[4]

Allerdings gestattet das Handelsrecht dem Unternehmer, seinem Vertreter die Übernahme anderer Vertretungen zu untersagen (§ 92a HGB).[5] Die Argumentation von Rasch [6] aber, daß nichts dafür spreche, eine Bindung des Handelsvertreters im Rahmen des § 18 GWB der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde zu unterstellen, weil doch wenige Jahre vor Erlaß des GWB das Recht des Handelsvertreters neu geregelt worden sei und gerade der Einfirmenvertreter in § 92a HGB ausdrückliche gesetzliche Anerkennung gefunden habe, erscheint nicht zutreffend. Demgegenüber hat bereits Roidl [7] darauf hingewiesen, daß auch Gesellschaftsverträge vom Gesetz anerkannt seien (§ 705 BGB). Auch diesen sei es wesenseigen, daß sich die Beteiligten im Rahmen des gemeinsamen Zwecks keinen schädigenden Wettbewerb machten; trotzdem fielen sie aber selbstverständlich unter das GWB, soweit sie die dort näher bezeichneten Voraussetzungen erfüllten.

Ähnliche Überlegungen haben auch hier zu gelten. Das Handels-

---

1) in WuW 1958/208 (212);
2) AB, S.146;
3) nicht ganz scharf Würdinger in RGRK.z.HGB, Vorbem.2 zu § 84, eindeutig aber a.a.O., § 84 Anm.20;
4) vgl. unten, § 5,I;
5) vgl. Würdinger in RGRK.z.HGB, Vorbem.2 zu § 84;
6) in WuW 1958/208 (214);
7) in DAR 1959/286 (289);

gesetzbuch ist ein Sonderrecht der Kaufleute. Es stellt jedoch keine gesamtwirtschaftlichen Überlegungen an wie etwa das GWB. Die Vorschriften der §§ 90a und 92a HGB regeln nur die Rechtsfolgen, die sich aus wirksamen Absprachen ergeben. Damit wird aber nicht gesagt, daß solche Abreden generell wettbewerbsrechtlich unbedenklich sein müssen. Es läßt sich durchaus miteinander vereinbaren, daß in den genannten Bestimmungen zwar ganz allgemein Ausschließlichkeitsvereinbarungen vorausgesetzt werden, diese Ausschließlichkeitsklauseln aber im Einzelfall den Tatbestand des § 18 GWB erfüllen können: Durch § 18 GWB werden Ausschließlichkeitsklauseln nicht verboten; sie bleiben vielmehr wirksam, wenn sie nicht durch die Kartellbehörde im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht beanstandet werden.

§ 3 Die Entstehungsgeschichte des GWB

Möglicherweise läßt sich ein Beitrag zur Klärung der gegenwärtigen Rechtslage aus einem Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes gewinnen.

I. Die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes als Mittel zu seiner Auslegung

Ein solcher Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes ist allerdings nicht unbedenklich.[1)]
Auf die Bedenken gegen eine Auslegung, die sich auf den "Willen des Gesetzgebers" des GWB beruft, weist insbesondere Strickrodt [2)] hin. Er fragt, wen man denn bei langwierigen und komplexen parlamentarischen Verhandlungen schließlich in dem Sinne als Gesetzgeber ansprechen solle, daß sein erklärter Wille für maßgeblich genommen werden könne. Abgesehen davon, daß sich die Vorstellungen, die der schließlichen Entscheidung zugrunde gelegt würden, im parlamentarischen Bereich auf ganz anderen Wegen zu entwickeln pflegten, als im Regierungsentwurf vorausgesehen werden könne, würden nicht selten auch bei Zustimmung zu einer vorgeschlagenen Formulierung dem eigenen Votum bestimmte Motivierungen gegeben, die nicht in einer legiti-

1) Frankfurter Kommentar, § 1 Anm.5;
Müller-Henneberg, Einf., S.76;
2) in WuW 1957/78 ff;

men Weise zu einem in sich einigen "Willen des Gesetzgebers" zusammengefaßt werden könnten.
Das Bundesverfassungsgericht [1] hat sich ebenfalls mit entsprechenden Bedenken auseinandergesetzt und ausgesprochen, daß maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung der in dieser zum Ausdruck kommende objektive Wille des Gesetzgebers sei, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung ergebe, in den diese hineingestellt sei. Dagegen sei die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder [2] über die Bedeutung der Bestimmung nicht entscheidend. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift komme für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen erhaltenen Auslegung bestätige oder Zweifel behebe, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden könnten.

Das Gebot der Freiheit gegenüber Gesetzesmaterialien [3] ist deshalb auch bei einer Auslegung des GWB ständig zu beachten.

II. Die aus der Entstehungsgeschichte des GWB gezogenen Folgerungen

Da sich die Diskussion aber zumeist kritiklos [4] der Argumente der Begründung zum Regierungsentwurf bemächtigt hat, soll versucht werden, den Materialien des Gesetzes nachzugehen, ohne dabei die erwähnten Gefahren außer acht zu lassen.

1. Absichtliche Nichtberücksichtigung von Dienstverträgen ?

Vereinzelt [5] wird unter Hinweis auf die Begründung behauptet, § 18 GWB habe für Dienstverträge ganz allgemein [6] und damit auch für Handelsvertreterverträge eine Regelung absichtlich nicht getroffen.

---

1) BVerfGE 1/299 = NJW 1952/737 (Leitsatz);
2) hier also die in der amtl. Begründung zum Ausdruck gekommene Auffassung der Regierung;
3) vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, § 55; Langen, 3.Aufl., Vorwort zur 1. Aufl.;
4) vgl. etwa Rasch in WuW 1958/208 (211); Rittner in Betr. 1957/1118;
5) Rasch in WuW 1958/208 (212); Rittner, a.a.O.; Schwartz in Müller-Henneberg, § 18 Anm.7;
6) so auch Rowedder in MDR 1958/129, ohne sich jedoch auf die Begründung zu berufen;

Schwartz [1] nimmt Dienstverträge ganz allgemein aus dem Bereich der Vorschrift des § 18 GWB aus, begründet das aber bei seiner Untersuchung der Begründung [2] damit, daß es sich bei den in Betracht kommenden Vereinbarungen um Verträge zwischen Unternehmen handeln müsse.[3]
Diese Bemerkung sollte sich aber wohl kaum auf sämtliche Dienstleistungsverträge erstrecken. Dann hätte Schwartz nämlich übersehen, daß sich der Dienstverpflichtete nicht notwendig in sozial abhängiger Stellung zu dem Dienstberechtigten zu befinden braucht, sondern daß vielmehr auch Unternehmen zu Dienstleistungen verpflichtet werden können. Das ergibt sich deutlich aus der Vorschrift des § 675 BGB, der als besondere Gruppe von Dienstverträgen die Geschäftsbesorgungsverträge herausstellt. Der Geschäftsbesorgungsvertrag jedoch ist ein Dienst- oder Werkvertrag, der auf eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art geht, die für einen anderen und in dessen Interesse vorgenommen wird.[4] [5]

Aber auch aus der Aufzählung einzelner Vertragstypen in der Begründung, die Dienstverträge und Handelsvertreterverhältnisse nicht ausdrücklich erwähnt, kann nicht ohne weiteres auf dem Wege des Umkehrschlusses gefolgert werden, daß das GWB sie nicht berücksichtigen wollte.
Das versuchen jedoch Rasch [6] und Rittner.[7] Sie meinen, in der Begründung zu § 13 des Entwurfs (§ 18 GWB) sei die Ausschließlichkeitsklausel im Zusammenhang mit dem Beispiel eines Kaufvertrages erwähnt.[8] Auch sonst spreche die Begründung [9] beispielsweise von Kauf-, Darlehns- und Mietverträgen, an keiner Stelle dagegen von Dienstleistungsverträgen, insbesondere auch nicht von Handelsvertreterverträgen. Das lasse darauf

---

1) in Müller-Henneberg, § 18 Anm.7;
2) B,I,2, abgedr. bei Müller-Henneberg, S.1066;
3) vgl. auch Rowedder in MDR 1958/129;
4) vgl. statt aller Palandt-Gramm, § 675 Anm.2a;
5) Müller-Gries, § 18 Anm.2, sprechen deshalb auch richtiger von arbeitsrechtlichen Verhältnissen; vgl. auch Benkendorf in WuW 1956/20 mit einer Untersuchung des Begriffs der "gewerblichen Leistungen" im Hinblick auf § 1 GWB;
6) in WuW 1958/208 (212);
7) in Betr. 1957/1118;
8) in Ziffer 1b;
9) in Ziffer 2;

schließen, daß an die genannten Verhältnisse gar nicht gedacht sei.

Auf die Frage, inwieweit aus dem Fehlen einer Stellungnahme in einer amtlichen Begründung zu einem Problem überhaupt Schlüsse gezogen werden dürfen, soll hier nicht weiter eingegangen werden. Abgesehen davon ist ein solcher Schluß, wie ihn Rasch und Rittner ziehen möchten, allein auf Grund des Materials, das die recht ausführliche Begründung zur Beurteilung der Individualverträge liefert, auch nicht zulässig.
Aus Aufbau und Inhalt der Begründung ergibt sich, daß sie nur eine beispielhafte Aufzählung geben will, ohne dabei den Anwendungsbereich des § 18 GWB schon abschließend umreißen zu wollen. Maßgeblich gegen die genannte Auffassung spricht aber vor allem schon der Wortlaut des § 13 des Entwurfs (§ 18 GWB). Dort ist von gewerblichen Leistungen die Rede. Als gewerbliche Leistungen kommen aber nur Werkverträge nach §§ 631 ff. BGB und Dienstverträge nach den §§ 611 ff., 675 BGB in Betracht. Da nichts dafür spricht, daß der Entwurf zu § 13 (§ 18 GWB) nur die Leistungen auf Grund eines Werkvertrages als "gewerbliche Leistungen" anerkennen will, ergibt sich schon daraus, daß die Ansicht von Rasch und Rittner - wenigstens in ihrer allgemeinen Formulierung - nicht richtig sein kann.[1)]

Schließlich ist es auch nicht richtig, wenn behauptet wird, Dienst- und insbesondere Handelsvertreterverträge seien in der Begründung zu § 13 des Entwurfs überhaupt nicht erwähnt. Die Begründung zu § 13 des Entwurfs (§ 18 GWB) nennt an zwei Stellen [2)] ausdrücklich die Ausschließlichkeitsklauseln, die sich bei Verträgen der Treibstoffgesellschaften mit Tankstelleninhabern über die Lieferung von Treibstoff oder Öl finden. Da bekanntlich [3)] die weitaus überwiegende Zahl aller Tankstellen-

---

1) vgl. dazu auch Benkendorf in WuW 1956/20 mit einer entsprechenden Untersuchung zu § 1 GWB;
2) Ziffer 2 und Ziffer 4;
3) vgl. z.B. Erlaß des BWM an die Kartellauflösungsstellen der Länder vom 21.12.1950 in WuW/E BWM 9; Arbeitstagung der Kartellreferenten der Behörden des Bundesgebiets, Hamburg, 19.1.1951, in WuW/E KRT 8; LG Stuttgart in NJW 1952/827; OLG Celle in BB 1953/486; Huber I, S.360; Rittner, AB, S.151; Schmidt-Rimpler, Gutachten, S.3; neuerdings: Gleiss-Lutz in AG 1958/128 (131); Lange in DAR 1958/8; Schwartz in Müller-Henneberg, § 18 Anm.15; a.A. nur Ewald in AW 1950/524, AW 1951/355, BB 1953/307, dagegen Jacobsohn in BB 1953/609;

inhaber auf Agenturbasis für die Treibstoffgesellschaften tätig wird, liegt auf der Hand, daß gerade hier an das Handelsvertreterverhältnis gedacht worden ist.

Nach allem steht zumindest fest, daß die Begründung zu § 13 des Entwurfs (§ 18 GWB) die Handelsvertreterverhältnisse nicht etwa schon deshalb aus dem Geltungsbereich dieser Vorschrift herausgenommen hat, weil es sich dabei um einen Dienstleistungsvertrag handelt.[1)]

2. Geltung nur für "reine" Austauschgeschäfte ?

Weiter wird geltend gemacht, der Tatbestand des § 13 des Entwurfs (§ 18 GWB) betreffe nur "reine" Austauschverhältnisse. Der Handelsvertreter stehe dem anderen Unternehmen (seinem Geschäftsherrn) jedoch nicht, wie es sonst der Fall sei, als Lieferant oder Abnehmer gegenüber, sondern werde gerade für seinen Geschäftsherrn tätig, indem er dessen Interessen wahrnehme. Er trete seinem Geschäftsherrn auf dem Markt also nicht in einem Interessengegensatz gegenüber, sondern werde vielmehr in gewisser Weise in die Gesamtordnung des Geschäftsherrn - Unternehmens eingegliedert.[2)] Aus diesem Grunde erwähne auch die ausführliche, durch eine Menge praktischer Beispiele illustrierte Begründung zu § 13 des Entwurfs das Handelsvertreterverhältnis mit keinem Wort, obwohl doch bekannt gewesen sei, daß bei Handelsvertreterverträgen Ausschließlichkeitsbindungen eine hervorragende Rolle spielen, ja daß Art.V Ziffer 9 c 2 Ges.Nr.56 sogar eine ausdrückliche Ausnahme für Agenturverträge enthalten habe.[3)]

Der letzte Hinweis auf die Regelung in den alliierten Dekartellierungsgesetzen gibt eher Anlaß zu einem gegenteiligen Schluß.
Jene Gesetze machten für die Abrede zwischen einem Unternehmer und seinem Handelsvertreter eine Ausnahme von einem generellen

---

1) vgl. etwa Frankfurter Kommentar, § 15 Anm.23: Handelsvertreterverträge sind stets "sonstige Verträge über gewerbliche Leistungen" im Sinne des § 15 GWB;
2) Rasch in WuW 1958/208 (212); Rittner in Betr. 1957/ S.1091 (1094,1095) und 1118;
3) Rittner in Betr. 1957/1118;

Verbot. Die amtliche Begründung zu § 13 des Entwurfs hingegen liefert Beispiele für den Anwendungsbereich des Gesetzes und nennt dabei sogar die Bindungen im Treibstoffgeschäft. Wenn das GWB die Bindungen des Handelsvertreters analog der Regelung in den alliierten Dekartellierungsgesetzen hätte behandeln wollen, dann hätte gerade eine bestätigende Klarstellung nahegelegen, daß auch bei diesem Gesetz die Rechtsverhältnisse der Handelsvertreter nicht erfaßt werden sollten.

Wenn wir uns auch die These, es sei nur an "reine" Austauschverhältnisse, nicht aber an Interessenwahrungsverhältnisse gedacht, für diese Untersuchung zunächst zu eigen machen wollen,[1] so kommt es doch entscheidend auf den Markt an, auf dem sich Angebot und Nachfrage nach den "Waren oder gewerblichen Leistungen" gegenüberstehen. Dabei darf nicht übersehen werden, daß sich die Diskussion um zwei Märkte bewegt. Angebot und Nachfrage nach den Waren oder gewerblichen Leistungen des Unternehmers (bei deren Absatz der Handelsvertreter mitwirken soll) sind scharf zu trennen von Angebot und Nachfrage nach der gewerblichen Leistung des Handelsvertreters. Bevor nämlich die Frage aktuell wird, ob der Unternehmer den Handelsvertreter in seine Absatzorganisation eingliedern und damit zu seinem Interessewahrer machen kann, muß er den Handelsvertreter vertraglich dazu verpflichten.[2]
Die Nachfrage des Unternehmers nach der Leistung des Handelsvertreters und das entsprechende Angebot des Handelsvertreters, diese Leistung zu erbringen, begegnen sich auf einem Markt, auf dem sich Handelsvertreter und Unternehmer als Anbieter und Nachfrager in allerschärfstem Interessengegensatz gegenüberstehen. Beide wollen Vertragsbedingungen aushandeln, die den Interessen des Partners notwendig zuwiderlaufen müssen. Der Handelsvertreter möchte einen möglichst großen Bezirk zugeteilt erhalten, zu einem möglichst hohen Provisionssatz arbeiten und von Wettbewerbschranken frei bleiben. Der Unternehmer

---

1) und dabei auch die ausdrückliche Erwähnung der Bindungen im Treibstoff- und Mineralölgeschäft in der Begründung zu § 13 des Entwurfs unberücksichtigt lassen;
2) vgl. § 84 Absatz I Satz 1 HGB;

dagegen möchte den Provisionssatz niedrig halten und auch sonst das Handelsvertreterverhältnis für sich selbst so wenig lästig wie möglich gestalten.

Es ist also festzuhalten, daß es sich bei dem Handelsvertretervertrag um ein echtes Austauschgeschäft handelt.[1] Der Handelsvertreter verpflichtet sich, für den Unternehmer in bestimmter Weise tätig zu sein, also Leistungen zu erbringen, der Unternehmer hingegen, dem Handelsvertreter als Entgelt für diese Leistungen eine Provision zu zahlen.

Inwieweit sich aus der Natur des Handelsvertreterverhältnisses möglicherweise ein die Ausschließlichkeitsbindung rechtfertigendes immanentes Wettbewerbsverbot herleiten läßt, wird später noch zu untersuchen sein.[2] Diese Frage berührt jedoch nicht die hier zunächst allein interessierende Feststellung, daß der Handelsvertretervertrag ein Austauschgeschäft im Sinne des § 18 GWB darstellt.

3. Parallelbehandlung zu § 10 des Entwurfs ?

Schließlich verweist Rittner [3] auf die Begründung zu § 10 des Entwurfs (§ 15 GWB).[4] An dieser Stelle konfrontiere die Begründung ganz klar die in § 10 des Entwurfs - wie in § 18 GWB - bezeichneten "Verträge über Waren oder gewerbliche Leistungen", für die sie als Beispiele ("in der Hauptsache") Kauf-, Miet- und Pachtverträge nenne, als Verträge über "Austauschvorgänge" den Agenturverträgen als Dienstleistungsverträgen. Diese Verträge sollten, wie im einzelnen ausgeführt werde, nicht unter die Bestimmung fallen. Auch Schwartz [5] meint, daß die prinzipielle Bemerkung der Begründung zu § 10 des Entwurfs,[6] die von dem Verbotsbereich des heutigen § 15 GWB Agenturverträge als Dienstverträge ausnehme, auch eine parallele Behandlung für § 18 GWB nahelege.

---

1) Würdinger in RGRK.z.HGB, § 84 Anm.15b;
2) vgl. unten § 5 mit Zitaten;
3) in Betr. 1957/1118;
4) abgedr. bei Müller-Henneberg, S.1084;
5) in Müller-Henneberg, § 18 Anm.14;
6) in Ziffer 3;

Das jedoch erscheint nach dem Wortlaut des § 10 des Entwurfs (§ 15 GWB) und der amtlichen Begründung zu § 10 des Entwurfs nicht zulässig. Einmal nennt die Begründung jene Beispiele eben nur "in der Hauptsache", zum anderen führt sie an dieser Stelle, auf die sich Rittner und Schwartz beziehen, aus:

> "Dagegen fallen unter § 10 grundsätzlich nicht Bindungen, die der Auftraggeber seinem Agenten über die Durchführung des Geschäfts auferlegt. Der Agent vermittelt den Abschluß von Verträgen seines Auftraggebers über Waren oder gewerbliche Leistungen, oder er wird als Bevollmächtigter seines Auftraggebers tätig. Der Agenturvertrag ist ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat (§§ 611 ff., 675 BGB). Bindungen im Rahmen eines solchen Rechtsverhältnisses (z.B. in Ansehung der von dem Agenten mit Dritten zu vereinbarenden Preise oder durch Beschränkung seiner Tätigkeit auf bestimmte geografische Bezirke) sind daher als typischer Bestandteil dieses Dienstvertrages zulässig."

Damit ist aber auch gesagt, was diese Bemerkung in der Begründung bezweckt. Die §§ 15 und 18 GWB sind hier nicht, wie Schwartz es möchte, hinsichtlich der Behandlung von Bindungen in Handelsvertreterverträgen nebeneinander, sondern einander gegenüberzustellen. Bei Bindungen des Handelsvertreters ist nämlich zu unterscheiden, worauf sie sich beziehen. Als Gegenstand der Bindung kommt einmal die gewerbliche Leistung des Handelsvertreters als solche, zum anderen die Beschränkung hinsichtlich Umfang und Art der für diesen Unternehmer zu leistenden Dienste in Betracht.

Hier besteht dogmatisch ein großer Unterschied. Die erste Bindung schränkt die Verfügungsfreiheit des Handelsvertreters über ein Rechtsgut ein, über das er grundsätzlich frei verfügen kann, nämlich seine Arbeitskraft, sein Können und seine Geschäftsverbindungen. Die andere Bindung beschäftigt sich mit Vereinbarungen über die Verwendung der Waren des Unternehmers. Hier geht es darum, wo, wie und zu welchen Preisen die Waren des Unternehmers verkauft werden sollen. Diese Frage gehört zum Komplex des § 15, jene zum Bereich des § 18 GWB. Weil diese Trennung jedoch nicht immer klar genug durchgeführt wird, kann sich die Gefahr von Trugschlüssen ergeben, der auch Schwartz [1] und Rittner [2] erlegen zu sein scheinen.

---

1) in Müller-Henneberg, § 18 Anm.14;
2) in Betr. 1957/1118;

Die Begründung zu § 10 des Entwurfs [1] stellt nur etwas klar, was sich schon aus dem Recht der Vollmacht (§§ 164 ff. BGB) ergibt. Der Handelsvertreter ist bei Abschluß oder Vermittlung der Geschäfte Vertreter des Unternehmers. In dem Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem steht es aber allein im Belieben des Vollmachtgebers, ob er die Vollmacht geben will, worauf sich die Vollmacht beziehen und welchen Umfang sie haben soll. Daraus ergibt sich, daß der Unternehmer dem Handelsvertreter vorschreiben kann, in welchem Bezirk er die Waren des Unternehmers verkaufen und zu welchen Bedingungen und zu welchen Preisen er abschließen darf. Diese Beschränkungen ergeben sich mithin aus der Befugnis des Vollmachtgebers und fallen deshalb nicht unter § 15 GWB.[2] Hier mag auch gleich festgestellt werden, daß insoweit auch Bindungen des Handelsvertreters dahin, an wen er Waren des Unternehmers verkaufen darf, nicht unter die §§ 15 oder 18 GWB fallen. Gegenstand der Beschränkung ist dann nämlich nicht seine unternehmerische Selbständigkeit; der Unternehmer hat ihm vielmehr nur von vorneherein eine begrenzte Vertretungsmacht hinsichtlich der Waren eingeräumt, die noch dem Unternehmer gehören, für den er als Bevollmächtigter tätig werden soll.

§ 4 Die Ausschließlichkeitsklausel im Handelsvertretervertrag und die Bindung einer nachfolgenden Handelsstufe in § 18 Absatz I Ziffer 2 GWB

Gegen die Anwendbarkeit des § 18 GWB auf die Ausschließlichkeitsbindungen in Handelsvertreterverträgen wird weiter geltend gemacht, daß diese Vorschrift nur die Bindungen einer nachfolgenden selbständigen Handelsstufe betreffe,[3] Unternehmer und Handelsvertreter einander jedoch nicht als Lieferant oder Abnehmer gegenüberständen.[4]

Ein solcher Angriff kann jedoch nicht treffen, weil seine beiden Voraussetzungen nicht tragen. Einmal wird der Anwendungs-

1) Ziffer 3;
2) vgl. dazu Budczies, S.74;
3) vgl. etwa Rittner in Betr. 1957/1091 (1094); Rowedder in MDR 1958/129;
4) Müller-Gries, § 18 Anm.2; Rittner, a.a.O.;

bereich des § 18 GWB mit einer Beschränkung auf die sogenannten "vertikalen" Verträge nur ungenau umschrieben, zum anderen wird bei einem solchen Einwand die Differenzierung zwischen dem eigentlichen Handelsvertretervertrag über die gewerblichen Leistungen des Handelsvertreters und den Verträgen, die der Handelsvertreter auf Grund dieses Vertrages mit Dritten über die Waren und gewerblichen Leistungen des Unternehmers abschließt, nicht genügend beachtet.

I. Die Trennung zwischen "horizontalen" und "vertikalen" Bindungen im GWB

Die Untersuchung hat zunächst von der grundsätzlichen Unterscheidung der wettbewerbsrechtlich relevanten Tatbestände auszugehen, die das GWB durch verschiedenartige Behandlung von Vereinbarungen in den §§ 1 bis 14 GWB einerseits und in den §§ 15 bis 21 andererseits getroffen hat.

Eine Trennung in "horizontale" und "vertikale" Vereinbarungen ist dabei nicht ganz scharf. Die Verschiedenartigkeit dieser Vereinbarungen läßt sich nicht ohne weiteres, sondern nur in der Regel mit dem Begriffspaar "Verträge zwischen Unternehmen derselben Handelsstufe" und "Verträge zwischen Unternehmen verschiedener Handelsstufen" identifizieren. Richtiger muß von Kartellverträgen und Individualvereinbarungen gesprochen werden. Der wesentliche Unterschied liegt nämlich darin, daß es sich in den §§ 1 ff. GWB immer um Gesellschaftsverträge im Sinne des § 705 BGB oder entsprechende Vereinbarungen handelt, die zu einem gemeinsamen Zweck abgeschlossen werden. Die Verträge der zweiten Gruppe hingegen betreffen nur das Interesse des einen Vertragsbeteiligten. Es ist aber durchaus denkbar, daß sich auch Vertreter verschiedener Handelsstufen zu Vereinbarungen im Sinne des § 705 BGB zusammenfinden.[1)]

Bei der Schaffung der Vertragsbeziehungen zwischen Handelsvertreter und Unternehmer herrscht jedoch die typische Situation des Interessengegensatzes. Die Vereinbarung der Ausschließ-

---

1) Müller-Henneberg, § 1 Anm.14; in anderem Zusammenhang auch Isay in JW 1931/3138 und Spengler in MA 1951/513;

lichkeitsklausel im Rahmen dieses Vertrages geschieht allein im Interesse des bindenden Unternehmers. Der Handelsvertretervertrag ist ein Austauschvertrag über die Objekte "gewerbliche Leistungen" und "Provisionszahlung". Diese Grundsituation wird auch dadurch nicht berührt, daß der Handelsvertreter bei seiner Tätigkeit für den Unternehmer in gewisser Weise dessen Interessen zu wahren hat (§ 86 Absatz I HGB). Insoweit handelt es sich jedenfalls um einen Individualvertrag im Sinne des § 18 GWB.

II. Der Handelsvertreter als Handelsstufe

Aber auch aus einem zweiten Grunde würde das Problem durch Berufung auf das Merkmal der Handelsstufen verschoben.

Die Diskussion darf nicht der Gefahr erliegen, die grundsätzliche Verschiedenartigkeit der Wirtschaftsgüter zu übersehen, die von einer Handelsstufe an eine andere abgegeben werden können. Das geschieht jedoch, wenn in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen wird, daß der Handelsvertreter als Interessenwahrer des von ihm vertretenen Unternehmers in dessen Absatzorganisation eingegliedert und deshalb so nahe an dieses Unternehmen herangerückt sei, daß man von einer selbständigen Handelsstufe nicht mehr sprechen könne.[1)]

Dieser Einwand scheitert an einer unzulässigen Gleichsetzung der verschieden zu behandelnden Wirtschaftsgüter. Auf der einen Seite handelt es sich nämlich um die Waren und möglicherweise gewerblichen Leistungen, die der Unternehmer anbietet, und zu deren Absatz der Handelsvertreter kraft des Handelsvertretervertrages mitwirken soll, auf der anderen Seite hingegen um die gewerblichen Leistungen des Handelsvertreters, die er dem Unternehmer auf Grund des Handelsvertretervertrages zur Verfügung stellt.
Die Ware des Unternehmers gelangt über verschiedene Verteilerstufen (Wirtschafts- oder Handelsstufen) an den letzten Abnehmer. Die Handelsstufen haben dabei die Bedeutung, daß neue Märkte zwischengeschaltet werden. Von daher gesehen könnte allerdings fraglich sein, ob der Handelsvertreter als eine solche

1) Rittner, AB, S.141;

Wirtschaftsstufe angesehen werden kann, obwohl er gelegentlich als solche bezeichnet wird.[1)]

Diese Frage braucht jedoch nicht entschieden zu werden. Sie kann zwar im Hinblick auf die in § 15 GWB geregelte Inhaltsbindung von Bedeutung sein; dort mag der Handelsvertreter zulässigerweise durch Vereinbarungen mit dem Hersteller an feste Listenpreise und andere marktregelnde Bestimmungen gebunden werden. Für den Bereich des § 18 GWB kommt es darauf aber nicht an. Im Blickpunkt stehen hier nämlich nicht die Waren oder gewerblichen Leistungen, die der Unternehmer anbietet und zu deren Absatz der Handelsvertreter mitwirkt, sondern die Tätigkeit des Handelsvertreters selbst, die er dem Unternehmer auf Grund des Handelsvertretervertrages gegen Entgelt (Provision) zur Verfügung stellt. Hier aber ist der Handelsvertreter nicht Durchgangsstufe bei dem Absatz zum Endverbraucher oder Interessenwahrer des Unternehmers. Es wird kein Absatzweg vom Hersteller als Anfangsstufe beschritten, sondern der Handelsvertreter tritt dem Unternehmer auf einem ganz anderen Markt selbst als Anbieter seiner Geschäftstätigkeit in allerschärfstem Interessengegensatz gegenüber.[2)]

§ 5 Die Natur des Handelsvertreterverhältnisses und § 18 GWB

Als wesentlicher Gesichtspunkt wird jedoch herausgestellt, daß die Vorschriften des GWB über ausschließlichen Geschäftsverkehr auf das Rechtsverhältnis zwischen einem Unternehmer und seinem Handelsvertreter deshalb unanwendbar seien, weil dieses Verhältnis "seiner Natur nach" auf solche Bindungen ausgerichtet sei.[3)] Wenn aber eine mehr oder minder enge, in ihrem Ausmaß der Dispositionsfreiheit der Parteien unterliegende Bindung des Handelsvertreters an die Interessen des Geschäftsherrn zum Wesen des Vertreterverhältnisses gehöre, dann sei es sinnwidrig, den Inhalt dieser Bindung der Kontrolle durch eine Verwaltungsbehörde zu unterwerfen, wie § 18 GWB dies tue.[4)]

---

1) Würdinger in RGRK.z.HGB, Vorbem.1 zu § 84;
2) vgl. oben unter § 3,II,2;
3) Benisch in WuW 1953/219 (223); Gleiss-Lutz in AG 1958/ S.128 (131); Huber I, S.361; Rasch, § 18 Anm.4 und in WuW 1958/208 (214); Rittner in Betr. 1957/1118; ähnlich auch Bierer, S.17;
4) Rasch in WuW 1958/208 (213);

I. Modifizierung einer immanenten Pflicht des Handelsvertreters

Ausgehend von § 86 Absatz I HGB wird die Qualität des Handelsvertreters als Interessenwahrer seines Unternehmers hervorgehoben und daraus gefolgert, daß die Vereinbarung von Ausschließlichkeitsklauseln mit dem Handelsvertreter nur eine Wiederholung oder wenigstens Modifizierung einer ohnedies bereits bestehenden Verpflichtung darstelle.[1] Eine selbständige Wettbewerbsabrede werde gar nicht getroffen.[2] Ein Ausschließlichkeitsverhalten des Handelsvertreters zugunsten seines Geschäftsherrn sei dem Vertreterverhältnis immanent.

1. Die allgemeine Pflicht zur Interessenwahrung

Eine gewisse Bindung des Handelsvertreters liegt - anders als beim "normalen" Austauschgeschäft - zweifellos vor. Dabei sei allerdings erwähnt, daß die Verpflichtung des Handelsvertreters zur Wahrnehmung der Interessen des Unternehmers selbst nicht etwa schon aus der "Natur der Sache" folgt. Das ergibt sich daraus, daß immerhin die Handelsvertreterverbände bei Schaffung des neuen Handelsvertreterrechts Änderungswünsche dahin geäußert hatten, diese Verpflichtung entgegen der alten Fassung des Gesetzes nicht mit zu übernehmen.[3] Angesichts des klaren Wortlauts des § 86 Absatz I HGB ist nunmehr allerdings von einer gesetzlich normierten Pflicht des Handelsvertreters zur Interessenwahrung auszugehen.

Es ist aber sehr fraglich, ob diese, dem Vertreterverhältnis kraft positiver Regelung innewohnende Begrenzung soweit reicht, wie die durch eine Ausschließlichkeitsbindung auferlegte Beschränkung, die unbeschadet einer tatsächlichen Interessenkollision jedes Tätigwerden für konkurrierende oder andere Unternehmen untersagt.
Die allgemeine Bestimmung des Gesetzes in § 86 Absatz I HGB, daß der Handelsvertreter das Interesse des Unternehmers wahrzunehmen habe, ist deshalb zu konkretisieren. Maßgeblich wird

---

1) Baumbach-Duden, § 86 Anm.2,B; Benisch in WuW 1953/219 (223); Schwartz in Müller-Henneberg, § 18 Anm.15;
2) Rittner, AB, S.145/6;
3) vgl. Baumbach-Duden, a.a.O.;

es dabei naturgemäß auf die Sachlage des Einzelfalles ankommen. Ergibt sich dann, daß die dem Handelsvertreter auferlegte Bindung über das hinausgeht, was das Gesetz dem Handelsvertreter in § 86 Absatz I HGB auferlegt, wird möglicherweise - auch angesichts des besonderen Vertragsverhältnisses - kein Grund bestehen, Ausschließlichkeitsbindungen in Agenturverträgen von jeder wettbewerbsrechtlichen Regelung freizustellen. Insoweit würde sich ihre Zulässigkeit nach den gleichen Grundsätzen beurteilen, die für andere vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen gelten.
Auf einem anderen Standpunkt steht allerdings Rittner [1] im Hinblick auf die Klauseln, die auch die Tätigkeit des Handelsvertreters auf einem Markte nicht konkurrierender Güter einbeziehen. Er meint, auch diese weite Ausschließlichkeitsbindung sei in dem Grundverhältnis angelegt. Sie steigere nur die Interessenwahrungspflicht des Handelsvertreters, indem sie seine ganze Tätigkeit, unbeschadet seiner Selbständigkeit als Unternehmer, dem Vertragspartner zur Verfügung stelle.

Darüber, welche Pflichten das Handelsgesetzbuch dem Handelsvertreter nun konkret durch die Bestimmung des § 86 Absatz I HGB aufbürdet, ist die Auffassung keineswegs einhellig.

Nicht ganz zutreffend leitet der Frankfurter Kommentar [2] aus § 86 Absatz I HGB auch die Verpflichtung des Handelsvertreters her, bei der Vermittlung bzw. dem Abschluß von Verträgen mit einem Dritten die ihm von seinem Unternehmer angegebenen Preise und Geschäftsbedingungen einzuhalten. Diese Bindung ergibt sich nämlich nicht eigentlich aus § 86 Absatz I HGB, sondern folgt aus den Grundsätzen der Vollmacht (§ 164 BGB) und aus der Natur des Handelsvertretervertrages als eines Geschäftsbesorgungsvertrages. Der Unternehmer kann als Eigentümer der Ware den Preis bestimmen, den er dafür bei einer Veräußerung erzielen will (§ 903 BGB). Den Handelsvertreter hat er nur zur Abgabe entsprechender Willenserklärungen bevollmächtigt. Weicht der Handelsvertreter davon ab, handelt er als vollmachtloser Vertreter. Im übrigen ergibt sich die Bindung an Weisungen aus § 665 BGB.[3]

---

1) AB, S.146 2) § 15 Anm.38;
3) Korn, Übersicht vor § 84; Lehmann-Ring, § 84 Anm.5; Rittner in Betr. 1957/1091 (1095); Schmidt-Rimpler in Ehrenberg, S.79;

Ebenso wie hiernach dem Unternehmer vorbehalten ist, darüber zu entscheiden, ob überhaupt und welche Waren oder Leistungen er anbieten will, zu welchen Bedingungen es geschehen soll und mit wem er in Geschäftsverbindung treten will, steht es dem Unternehmer frei, diese seine Entschließungen durch entsprechende Bindungen und Weisungen gegenüber dem Vertreter zu vollziehen; denn die durch den Vertreter vermittelten oder geschlossenen Geschäfte sind rechtlich und wirtschaftlich Geschäfte und Dispositionen des Unternehmers selbst.[1] Der Geschäftsherr kann deshalb auf Grund seines Weisungsrechts gemäß §§ 665, 675 BGB auch im allgemeinen den Kreis der zu besuchenden Interessenten festlegen, ferner etwa bestimmte Firmen vom Besuch ausschließen oder den Besuch bestimmter verlangen.[2]

a) Förderung des Geschäfts

Durch die Gesetzesformulierung [3] ist nur die Art des Verpflichtungsinhalts, die Gattung der Leistung angegeben; der 2. Halbsatz von § 86 Absatz I HGB bestimmt, daß der Handelsvertreter bei diesen ihm nach dem Vertrage obliegenden Verpflichtungen, die auf Vermittlung oder Abschluß eines Vertrages zwischen seinem Geschäftsherrn und dem Dritten zielen, das Interesse des Geschäftsherrn wahrzunehmen habe.
Nach Schröder [4] obliegt deshalb dem Handelsvertreter in seiner Tätigkeit, alles zu tun, was zur Wahrnehmung der Interessen des Unternehmers erforderlich ist und andererseits alles zu unterlassen, was mit der Wahrnehmung der Interessen des Unternehmers unvereinbar ist. Dagegen soll der Handelsvertreter nach Schmidt-Rimpler [5] lediglich die aus anderen Gründen in seinen Pflichtenkreis fallenden Handlungen so vorzunehmen, so auszugestalten haben, wie es das Interesse des Geschäftsherrn erfordert, und in diesem Sinne allerdings innerhalb des bereits festliegenden Rahmens seiner Verrichtungen diejenigen Handlungen vornehmen, die das Interesse erfordert. Keinesfalls

---

1) vgl. Würdinger in RGRK.z.HGB, Vorbem.2 zu § 84;
2) Schmidt-Rimpler in Ehrenberg, S.79;
3) § 84 Absatz I Satz 1 und § 86 Absatz I 1. Halbs. HGB;
4) in Schlegelberger, § 86 Anm.16;
5) in Ehrenberg, S.73;

aber habe der Handelsvertreter schlechthin alles zu tun, was eine Förderung der Interessen des Geschäftsherrn bedeute.

Auszugehen ist davon, daß "Interesse" hier die Bedeutung des geschäftlichen Vorteils hat.[1] Der Sinn der Bestellung zum Handelsvertreter ist deshalb regelmäßig, daß er das Geschäft überhaupt fördern soll, auch abgesehen von der auf den Abschluß eines konkreten Geschäfts gerichteten Vermittlungstätigkeit. Aus der Eigenart dieses Rechtsverhältnisses folgt mithin im Interesse der Erhaltung und Steigerung des Umsatzes, daß der Handelsvertreter ständig diefür den Geschäftsherrn in Betracht kommenden Märkte und Absatzgebiete zu beobachten hat.[2] Er hat sich von der Aufnahmefähigkeit des Marktes ein Bild zu machen und die Maßnahmen der Konkurrenz zu verfolgen. Er muß die Wünsche, den Bedarf und die Geschmacksrichtung und deren Veränderungen bei den Interessenten ermitteln und den Geschäftsherrn darüber unterrichten [3] und möglichst auch Anregungen vermitteln.[4] Er muß den Geschäftsherrn auf günstige Konjunkturen aufmerksam machen,[5] aber auch gesetzliche Schranken, die sich dem Handel entgegenstellen, verfolgen.[6] Er muß die Beziehungen zu den bereits gewonnenen Kunden pflegen.[7]

Von dem Handelsvertreter ist mithin zu fordern, daß er dem Geschäftsherrn alle Umstände, die für dessen Entschließungen bestimmend sein können, zu offenbaren hat.[8] Vor allem Rumpf [9] hat ausgesprochen, daß gerade in diesem Teil der Tätigkeit des Handelsvertreters, die nicht oder nicht unmittelbar auf Einzelabschlüsse hinführt, in diesem ständigen "Auf-der-Lauer-liegen"

---

1) Schmidt-Rimpler in Ehrenberg, S.81;
2) Capelle, 4.Aufl., S.61; Rumpf in A.c.P. 119/1 (89); Schmidt-Rimpler, a.a.O., S.77; Schröder in Schlegelberger, § 86 Anm.4; Schulerin JR 1954/284 (285); Würdinger in RGRK.z.HGB, § 86 Anm.3;
3) Capelle, a.a.O.; Schmidt-Rimpler, a.a.O.; Würdinger, a.a.O.;
4) Capelle, a.a.O.;
5) Rumpf, a.a.O.; Schmidt-Rimpler, a.a.O.;
6) Würdinger, a.a.O.;
7) Capelle, a.a.O.; Schröder, a.a.O.; Schuler, a.a.O.; Würdinger, a.a.O.;
8) vgl. Würdinger in RGRK.z.HGB, § 84 Anm.17;
9) Rumpf, a.a.O., S.89/90;

für seinen Geschäftsherrn auf vorgeschobenem Posten, vor allem das stecke, was das Handelsvertreterverhältnis zu einem ausgesprochenen Vertrauensverhältnis mache.
Im besonderen hat sich der Handelsvertreter weiter über die geschäftlichen Verhältnisse der Kunden,[1] insbesondere ihre Kreditwürdigkeit[2] zu unterrichten und notfalls den Geschäftsherrn, wenn sie zahlungsunfähig werden, rechtzeitig zu warnen.[3]

Andererseits gebietet die Pflicht zur Interessenwahrung dem Handelsvertreter, den Geschäftsherrn nicht durch ungünstige Auskünfte über ihn oder sein Geschäft oder über seine Kreditfähigkeit zu schädigen.[4] Er darf ihn auch nicht dermaßen mit Aufträgen überschütten, daß der Geschäftsherr ihnen - auch bei Ausweitung und Ausnutzung aller Kapazitäten - nicht mehr gewachsen ist,[5] ihn also nicht in Lieferschwierigkeiten bringen. Es entspricht weiter der Eigenart des Handelsvertretervertrages als eines wechselseitigen Vertrauensverhältnisses, daß der Handelsvertreter Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die ihm auf Grund des Vertragsverhältnisses anvertraut wurden oder zugänglich geworden sind, nicht unbefugt, insbesondere aus Schädigungsabsicht, aus Eigennutz oder zu Zwecken des Wettbewerbs einem anderen mitteilen darf.[6] Daß der Handelsvertreter keine Schmiergelder annehmen darf, folgt schon aus der Bestimmung des § 12 UWG, da der Handelsvertreter zwar nicht Angestellter, aber Beauftragter des Unternehmers ist.

---

1) Schmidt-Rimpler in Ehrenberg, S.77;
2) Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 84 Anm.19; Heymann-Kötter, § 84 Anm.6; Koenige, § 84 Anm.3; Korn, Übersicht vor § 84; Makower, § 84 Anm.IIIa; Schmidt-Rimpler, a.a.O.; Schuler in JR 1954/284 (285); Staub-Bondi, § 84 Anm.16; Würdinger in RGRK.z.HGB, § 86 Anm.1;
3) Korn, § 84 Anm.II;
4) Schmidt-Rimpler in Ehrenberg, S.82; Staub-Bondi, a.a.O.; Würdinger in RGRK.z.HGB, § 84 Anm.17;
5) Schmidt-Rimpler in Ehrenberg, S.72;
6) Capelle, 4.Aufl., S.61; Würdinger, a.a.O.; Rumpf in A.c.P. 119/1 (92) und Lehmann-Ring, § 84 Anm.5 sprechen von allgemeiner Verschwiegenheitspflicht;

b) Schutz gegen widerstreitende Interessen

Aber auch gegen widerstreitende Interessen ist das Interesse des Geschäftsherrn zu schützen. In Betracht kommen hier das Interesse des Dritten und das eigene Interesse des Handelsvertreters.

Daß der Handelsvertreter dem Interesse seines Geschäftsherrn gegenüber dem Interesse des Dritten in dem notwendig entstehenden Konflikt unter allen Umständen den Vorzug zu geben hat, ist außer Streit. Die Grenze wird nur da gezogen, wo der Handelsvertreter etwa gegen die guten Sitten verstoßen oder mit den Strafgesetzen in Konflikt geraten würde. Der Handelsvertreter hat also für den Geschäftsherrn möglichst günstige Bedingungen auszuhandeln, was die Preisgestaltung, die Liefertermine und Gewährleistungsabreden betrifft. Als weiteres Beispiel sei genannt, daß der Handelsvertreter bei Streitigkeiten mit den Kunden im Interesse des Geschäftsherrn zu vermitteln hat. Schließlich würde er gegen seine Pflicht zur Interessenwahrung verstoßen, wenn er Personen, die mit ihm als Vertreter des Unternehmers oder mit diesem unmittelbar abschließen wollen, aus irgendwelchen Gründen von dem Geschäftsschluß abhält.[1)]

Meist wird jedoch das eigene Interesse des Handelsvertreters mit dem Interesse des Dritten in einer notwendigen Wechselbeziehung verknüpft sein. Sein Interesse geht dahin, Provision zu verdienen. Das setzt einen Geschäftsabschluß voraus, der häufig bei dem naturgemäß vorhandenen Interessengegensatz zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn nur unter Beeinträchtigung der Interessen des Geschäftsherrn vollzogen werden kann.
Ob der Handelsvertreter auch hier stets den Vorteil des Geschäftsherrn im Auge haben und seinen eigenen dahinter zurücktreten lassen muß, ist nicht mehr ganz so sicher, wird jedoch allgemein vertreten.[2)]

---

1) Schröder in Schlegelberger, § 86 Anm.17;
2) Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 84 Anm.16; Rumpf in A.c.P. 119/1 (92); Schmidt-Rimpler in Ehrenberg, S.81; Staub-Bondi, § 84 Anm.16; Würdinger in RGRK.z.HGB, § 86 Anm.1;

Sicherlich darf nicht die Aussicht auf Provision den Handelsvertreter bestimmen, ungünstige Geschäfte abzuschließen oder zu vermitteln.[1] So darf er die geschäftlichen Verhältnisse eines Kunden nicht als günstig bezeichnen, ohne sichere und zuverlässige Beweise dafür zu haben.[2] Er darf Geschäfte nicht mit Partnern abschließen, die nicht die Gewähr dafür bieten, daß sie ihre Vertragspflichten ordnungsgemäß erfüllen werden. Der Handelsvertreter darf nicht aus objektiv unbegründetem Entgegenkommen dem Dritten übermäßig günstige Preise einräumen oder überhaupt günstigere Bedingungen vereinbaren als er sie im Interesse des Geschäftsherrn hätte erlangen können.[3]

Dabei wird der Handelsvertreter allerdings stets daran denken, daß er den Kunden schonend befriedigen muß,[4] um ihn sich und dem Geschäftsherrn als Abnehmer für die Zukunft zu erhalten und auf diesem Wege mitzuhelfen, den Ruf seines Unternehmens als eines kulanten und entgegenkommenden Geschäftspartners zu begründen und zu festigen.

2. Das Wettbewerbsverbot als Ausfluß dieser Pflicht

Bedenken erheben sich jedoch, wenn der Grundsatz, daß das Interesse des Handelsvertreters stets hinter dem des Geschäftsherrn zurückzutreten habe, auch auf die Fälle ausgedehnt wird, wo Fragen des Wettbewerbsverbots auf dem Spiele stehen. Auch hier wird zwar überwiegend gefolgert, daß die Interessenwahrungspflicht des Handelsvertreters auch die Übernahme zumindest konkurrierender Vertretungen verbiete.[5] Das erscheint aber deshalb so bedenklich, weil hier nicht mehr nur die Art und Weise geregelt werden soll, wie der Handelsvertreter seine Tätigkeit zu gestalten habe, sondern es sich um einen Angriff auf die eigene selbständige wirtschaftliche Existenz des Handelsvertreters handelt.

---

1) Schmidt-Rimpler in Ehrenberg, S.81;
2) Würdinger in RGRK.z.HGB, § 84 Anm.17;
3) Schmidt-Rimpler, a.a.O.;
4) Rumpf in A.c.P. 119/1 (91);
5) vgl. Zitate weiter unten (aa);

a) Schutz der Interessen des Unternehmers gegenüber Mitbewerbern

Bevor eine vielleicht geeignete Lösungsmöglichkeit in einem Interessenkonflikt zwischen Handelsvertreter und Unternehmer aufgezeigt wird, ist zunächst auf Art und Ausmaß der Interessenbeeinträchtigung des Unternehmers einzugehen.

aa) Übersicht

Häufig wird ohne weiteres davon ausgegangen, daß die Übernahme von Konkurrenzvertretungen notwendigerweise für die Interessen des Unternehmers schädigend und damit unzulässig sei.[1)]

Im übrigen weisen die vielfachen Stellungnahmen zu dieser Frage alle denkbaren Schattierungen auf.
Während der Handelsvertreter einerseits schon einen Wettbewerb unterlassen soll, der lediglich geeignet sei, die Interessen des Geschäftsherrn zu verletzen,[2)] soll er andererseits nur gehalten sein, konkurrierende Firmen nicht zu vertreten, soweit er dadurch die Belange des Geschäftsherrn in einer den Grundsätzen des § 86 Absatz I (§ 84 a.F.) HGB widersprechenden Weise tatsächlich schädige.[3)] Der Handelsvertreter habe also nur unmittelbar schädigenden Wettbewerb zu unterlassen.[4)] Der Bundesgerichtshof [5)] spricht in einer Entscheidung nur davon, daß sich aus § 86 Absatz I HGB die Verpflichtung ergeben könne, eine Konkurrenzvertretung zu unterlassen, ohne allerdings auf solche Fälle einzugehen. Entsprechend hatten bereits das OLG Breslau [6)] und das OLG Hamburg [7)] entschieden, daß dem Handels-

---

1) so OLG München in BB 1955/714 für den Bezirksvertreter; Benisch in WuW 1953/219 (223); Makower, § 84 Anm.III,a; Huber I, S.361; Rittner, AB, S.142 und in Betr. 1957/ S.1118; Schmidt-Rimpler in Ehrenberg, S.84; Schröder in Schlegelberger, § 86 Anm.42; Sieg in BB 1951/295;
2) Baumbach-Duden, § 86 Anm.2B; Rasch in WuW 1958/208 (213);
3) Biedenkopf, S.81; Ewald in BB 1953/307 (308); Frankfurter Kommentar, § 15 Anm.40; Schumann, S.155;
4) Hamburger kaufm. Schiedsgericht in HRGZ Abt.B 1940/316 (317); Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 84 Anm.3; Korn, Übersicht vor § 84; Lehmann-Ring, § 84 Anm.5; Rumpf in A.c.P. 119/1 (92); Staub-Bondi, § 84 Anm.22;
5) in Betr. 1958/512;
6) in DR 1904/23;
7) in OLG 30/395;

vertreter die Tätigkeit für eine Konkurrenzfirma nicht ohne weiteres untersagt sei. Den Handelsvertreter trifft nach Ansicht des Bundesgerichtshofs im Zweifelsfalle nur die Pflicht, den Geschäftsherrn zu unterrichten und sein Einverständnis einzuholen. Von anderen wird sogar diese Pflicht geleugnet.[1)]

Leider werden die Differenzierungen nicht immer mit der wünschenswerten Klarheit herausgearbeitet.

bb) Notwendigerweise schädigende Konkurrenz ?

Die Ansicht, daß die Übernahme von Konkurrenzvertretungen notwendigerweise für die Interessen des Unternehmers schädigend und damit unzulässig sei, wird eigentlich nur von Schmidt-Rimpler [2)] näher begründet.

a') Grundsätzliches

Er erwägt, daß der Handelsvertreter grundsätzlich verpflichtet sei, die Waren bzw. Leistungen des Unternehmers, die er anbietet, im Rahmen der Wahrheit möglichst zu loben, sie "anzupreisen". Dabei jedoch sei bei gleichartigen Gegenständen verschiedener Firmen ein Konflikt unausbleiblich: Wenn erst die Ware a möglichst angepriesen werde und dann die Ware b, so wirke die Anpreisung natürlich für die eine oder andere Ware weniger. Insoweit sei also das Interesse des einen oder anderen Geschäftsherrn nicht voll gewahrt.
Schmidt-Rimpler weiß allerdings selbst, daß diese Überlegungen nur dann unbedingt zutreffen, wenn die angebotenen Artikel einander in der Weise gleichartig sind, daß sie ausgetauscht werden können.[3)] Er meint deshalb, sie träfen dann nicht zu, wenn entweder infolge Abweichungen der Waren voneinander diese für den einen oder anderen Zweck günstiger seien und demgemäß alternativ angepriesen werden könnten, oder wenn regelmäßig das Anpreisen den Kunden nicht in stärkerem Maße motiviere, sondern

1) vgl. z.B. Hamburger kaufm. Schiedsgericht in HRGZ Abt.B 1940/316 (317); Staub-Bondi, § 84 Anm.22;
2) in Ehrenberg, S.84;
3) Budczies, S.75, hält deshalb auch nur das Verbot der Vertretung eines "ausgesprochenen" Konkurrenzfabrikats für zulässig;

er einfach nach Preis, Modell, Geschmacksrichtung wähle. Namentlich in letzterer Beziehung seien allerdings doch immer starke Beeinflussungen möglich. Schmidt-Rimpler erinnert dabei an Fahrräder, Automobile, Nähmaschinen, Pianos und kunstgewerbliche Gegenstände. Es würden sich hiernach nur ganz seltene Fälle denken lassen, in denen nicht die Interessen des Geschäftsherrn an und für sich besser gewahrt würden, wenn der Handelsvertreter den Vertrieb anderer gleichartiger Waren oder Leistungen unterlasse. Schmidt-Rimpler räumt zwar ein, daß es das Publikum heranziehen könne, wenn ihm zur Auswahl mehrere Fabrikate angeboten würden und sich dadurch dem einzelnen Geschäftsherrn, wenn wenigstens die Wahl der Kunden sich auf die verschiedenen Fabrikate verteile, Vorteile bieten würden, die den Nachteil gegebenenfalls ausgleichen oder übersteigen könnten.

Schmidt-Rimpler berücksichtigt bei seinen Überlegungen allerdings wohl nicht hinreichend den Gesichtspunkt, den wir mit dem Begriff der unvollständigen Bedarfsdeckung bezeichnen wollen und auf den im folgenden im Zusammenhang mit der Würdigung der übrigen Argumente zurückzukommen sein wird.

b') Konkurrenz und unvollständige Bedarfsdeckung

Bei der Beurteilung der Frage, ob schädigender Wettbewerb vorliegt, ist zunächst nach der Handelsstufe zu unterscheiden, mit der der Handelsvertreter zusammenarbeitet. Von einer notwendigerweise schädlichen Konkurrenz wird wohl grundsätzlich nur bei der Abgabe an den Letztverbraucher die Rede sein können. In diesem Fall ist allerdings die Nachfrage bei Lieferung eines der miteinander konkurrierenden Artikel in der Regel befriedigt. Ihm tritt der Handelsvertreter aber in der Mehrzahl der Fälle nicht gegenüber, sondern einem Wiederverkäufer. Hier jedoch haben wir es mit der - vielleicht nicht immer sorgfältig genug beachteten - Erscheinung zu tun, daß der Unternehmer den Bedarf mit seinen Artikeln natürlicherweise nur unvollständig decken kann.

Eine Mehrzahl entsprechender, also konkurrierender Artikel in dem Angebot an einen Wiederverkäufer kann sich deshalb durchaus recht gut miteinander vertragen. Sein Bedarf ist mit dem einen Artikel nicht gedeckt, die Kaufkraft nicht ohne weiteres

abgeschöpft; vielmehr wird der Abnehmer sein Augenmerk darauf richten, seinen eigenen Kunden mit einem breiten Sortiment gegenüberzutreten, um den verschiedenartigen Wünschen Rechnung zu tragen und sich dem wechselnden Geschmack anzupassen. Diese Tatsache läßt sich mit einer Vielzahl von Beispielen aus dem Lebensmittel-, Spirituosen- und Tabakwarenhandel, aus dem Konfektionsgeschäft und auch dem Handel mit langlebigen Wirtschaftsgütern illustrieren. So wird zum Beispiel der potentielle - und gerade der konsumbewußte - Käufer einer Nähmaschine ein Geschäft aufsuchen, das eine große Auswahl an Nähmaschinen hat, um dort seine Wahl treffen zu können. Daraus folgt, daß der Händler ein breites Sortiment bereithalten muß und daraus wieder, daß auch bei einem Handelsvertreter mit "Konkurrenzfabrikaten" jeder Unternehmer zum Zuge kommen kann, soweit seine Ware nur marktgerecht (nach Qualität und Preis) ausgestattet ist. Bei mehreren konkurrierenden Schokoladenfirmen etwa wird sich der Abnehmer (Grossist) bei jeder Firma das heraussuchen, was seiner Meinung nach das beste Geschäft abgeben wird.

Bei dem Angebot der konkurrierenden Artikel an einen Wiederverkäufer stehen diese Artikel also niemals in einem Wettbewerb um die gesamte Bedarfsdeckung (Abnahmepotenz) des Kunden. Es kann sich für die Konkurrenz nur noch darum handeln, sich einen möglichst großen Marktanteil zu sichern, also einen möglichst großen Anteil der Nachfrage auf das eigene Angebot zu richten. Hierbei ist allerdings denkbar, daß sich die Konkurrenzartikel in die Nachfrage derart teilen müssen, daß der einzelne Artikel weniger abgesetzt wird, als wenn er nur alleine angeboten werden würde. Bereits das Reichsgericht [1] hat jedoch in einem speziellen Fall ausgesprochen, daß gar nicht anzunehmen gewesen sei, daß, wenn den Kunden die anderen Muster (von der Konkurrenzfirma) nicht auch vorgelegt worden wären, sie dann von dem einen Unternehmer mehr als tatsächlich gekauft hätten.

---

1) in LZ 1909/862 (863);

c' Bereits ausgetragener Konkurrenzkampf

Aber auch bei einem Verkauf an einen Letztverbraucher stellt das Angebot entsprechender Artikel nicht notwendig schädigende Konkurrenz dar.
Das ist vor allem dann nicht der Fall, wenn dem Vertreter beim Abschluß der Geschäfte eine überwiegend passive Rolle zukommt, weil der Konkurrenzkampf bereits ausgetragen ist oder der Handelsvertreter aus anderen Gründen nicht in diesen Konkurrenzkampf eingreifen kann. Passiv ist die Rolle des Vertreters vor allem beim Vertrieb ausgeprägter Markenartikel. Je höher die Verkehrsgeltung der Marke, um so geringer ist der Einfluß des Vertreters auf die Entschlüsse der Käufer. So liegt es insbesondere beim Tankstellenhalter. Seine Tätigkeit ist an einen bestimmten Platz gebunden. Nicht er sucht die Kunden auf, sondern die Kunden ihn. Nicht so sehr der persönliche Einsatz des Tankstellenhalters wirbt die Kunden, sondern diese werden durch die Marke des Unternehmens und durch das von ihm geschaffene Äußere der Tankstelle angezogen. Hinzu kommt, daß der Kraftfahrer normalerweise nicht geneigt ist, "seine" Marke zu wechseln.[1)]

cc) Vorteile des Sortiments

Die gleichen Gründe, die einen Wiederverkäufer bestimmen, die entsprechenden Artikel gleichen wirtschaftlichen Nutzeffekts von verschiedenen Herstellern zu beziehen, sind gleichzeitig die Vorteile eines Sortiments für den Handelsvertreter und damit auch der von ihm vertretenen Unternehmen.
Würdinger [2)] und Schmidt-Rimpler [3)] sprechen allerdings nur davon, daß der Handelsvertreter einen Vorteil für seine Absatztätigkeit darin finden k ö n n e, wenn er seinen Kunden eine Auswahl unter Fabrikaten verschiedener Herkunft bieten könne. Demgegenüber haben aber bereits Staub-Bondi [4)] darauf hingewiesen, daß der Handelsvertreter in manchen Fällen sogar genötigt sein wird, gleichzeitig mehrere Produzenten oder Großhändler zu vertreten, deren Waren derselben Gattung angehören, um dem

---

1) vgl. dazu Lange in DAR 1958/8; Roidl in DAR 1959/286 (287);
3) in Ehrenberg, S.85;
2) in RGRK.z.HGB, § 84 Anm.20;
4) § 84 Anm.22;

Kunden die erforderliche Auswahl zu bieten. Auch Hoeniger [1] betont, daß es in vielen Fällen sogar im Interesse des Geschäftsherrn liege, daß der Handelsvertreter außer ihm noch andere Häuser vertrete. In der neueren Rechtsprechung sieht das OLG München [2] ein Moment der Absatzförderung darin, daß der Handelsvertreter den Kunden eine größere Auswahl von Fabrikaten verschiedener Unternehmer anbietet.

Tatsächlich aber werden sich in der Regel Vorteile ergeben. Meist ist das Angebot der verschiedenen Unternehmer so breit sortiert, daß sich die Produktionsprogramme selten völlig dekken. Für den Kunden sind vielleicht die Artikel a und b des einen Unternehmens wegen Qualität und Preis besonders interessant, dagegen die Artikel c und d des anderen aus den gleichen Gründen. In solchen Fällen handelt es sich auch meist um solche Waren, die sich am leichtesten in Sortimenten verkaufen, die dem Käufer den Vergleich mit Konkurrenzerzeugnissen ermöglichen oder zum gleichzeitigen Erwerb sachlich zugehöriger Artikel Gelegenheit geben.[3] Es ist auch nicht unwahrscheinlich, daß der Handelsvertreter mit einem wenig gängigen Artikel des Unternehmers A bei dem Kunden ins Geschäft kommt, weil er dort ständig andere Artikel des Unternehmers B anbietet und verkauft. Seine Kontaktmöglichkeiten, die Grundlage jeder erfolgreichen Verkaufstätigkeit sind, sind um so größer, je mehr verschiedene Artikel der Handelsvertreter anbieten kann. Jeder anders gelagerte Artikel ist ein Anlaß zu einer gesonderten Bearbeitung des Kunden und verbreitert die Basis seiner Geschäftsbeziehungen, was schließlich allen vertretenen Unternehmen zugute kommt. Schließlich wird der Handelsvertreter dadurch in die Lage versetzt, Kunden zu besuchen, mit denen er gerade für diese Firma allein vielleicht nie in geschäftliche Verbindung hätte treten können.

Ewald [4] untersucht in diesem Zusammenhang die Verhältnisse an einer Tankstelle. Er hebt zutreffend hervor, daß ein Tankstelleninhaber, der Treibstoffkunden auf ihren ausdrücklichen Wunsch hin eine andere Ölmarke als die seiner Treibstoffgesellschaft

---

1) Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 84 Anm.17;
2) in BB 1956/20;
3) Markenverband in MA 1957/425 (442); Meyer in MA 1956/203 (205);
4) in BB 1953/307 (308);

verkauft, damit noch nicht seinen Geschäftsherrn schädige. Im Gegenteil blieben ihm vielleicht Abnehmer für den Treibstoff erhalten, die ihm unter Umständen verloren gingen, wenn der Tankstelleninhaber nicht ihre speziellen Wünsche nach einem bestimmten Öl, die sich keineswegs immer mit der Marke des Treibstoffs deckten, befriedigen dürfte.[1)]

b) Berechtigte Interessen des Handelsvertreters

Soweit unter Berücksichtigung aller dieser Umstände im Einzelfall tatsächlich schädigende Konkurrenz vorliegt, kommt es darauf an, ob der Handelsvertreter hier den Interessen des Geschäftsherrn den Vorzug zu geben, also die Vertretung anderer Firmen in diesen Artikeln zu unterlassen hat. Diese Frage ist nur dann zu bejahen, wenn davon ausgegangen werden darf, daß das Interesse des Unternehmers einen so starken Schutz in Anspruch nehmen kann, daß ein Wettbewerbsverbot in die Selbständigkeit des Handelsvertreters einbrechen darf.

aa) Der Handelsvertreter als selbständiger Unternehmer

Der Handelsvertreter ist selbständiger Unternehmer eines eigenen Handelsgewerbes mit eigenem Unternehmerrisiko.[2)] Das Rechtsverhältnis zwischen dem Handelsvertreter und seinem Auftraggeber ist also ein Rechtsverhältnis zwischen zwei begrifflich und rechtlich gleichgeordneten selbständigen Unternehmern.[3)] An diesem Grundverhältnis ist auch die Struktur der Interessenwahrungspflicht des Handelsvertreters zu orientieren. Für die Frage, ob und inwieweit der Handelsvertreter sich neben seiner Tätigkeit für den Geschäftsherrn noch anderweitig wirtschaftlich betätigen darf, ist damit folgendes zu berücksichtigen:

Als selbständiger Gewerbetreibender kann der Handelsvertreter sich grundsätzlich ohne Rücksicht auf das bestehende Handelsvertreterverhältnis noch anderweitig wirtschaftlich betätigen, insbesondere ein Handelsvertreterverhältnis mit anderen Unternehmern eingehen oder mit diesen einen Arbeitsvertrag als un-

---

1) vgl. auch Ewald in AW 1951/355 (357);
2) vgl. statt aller: Schröder in Schlegelberger, Einl. vor § 84;
3) Schröder, a.a.O., § 84 Anm.2;

selbständiger Arbeitnehmer abschließen.[1] Ein Wettbewerbsverbot, wie es für den Handlungsgehilfen nach § 60 HGB besteht, gibt es für den Handelsvertreter nicht.[2] Allerdings bestimmte der Entwurf I zum Handelsgesetzbuch in § 76 Absatz I:

> "In Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung oder eines abweichenden Handelsgebrauchs darf der Handelsagent in dem Handelszweige des Geschäftsherrn ohne dessen Einwilligung weder für eigene, noch für fremde Rechnung Geschäfte machen."

Der Entwurf II jedoch verzichtete auf diese Bestimmung. In der Denkschrift II [3] heißt es ausdrücklich, daß sich dem Agenten eine so weit gehende Beschränkung, wie sie den Handlungsgehilfen treffe, nicht auferlegen lasse. Da der Gehilfe in der Regel seine ganze Arbeitskraft in den Dienst des Prinzipals zu stellen habe, so könne ihm überhaupt nicht gestattet sein, eigenen Handel zu treiben oder in dem Handelszweige des Prinzipals irgendwelche Geschäfte zu machen. Der Agent hingegen finde in der Vertretung eines einzigen Hauses nur selten eine ausreichende Beschäftigung und sei deshalb von vorneherein auf die Übernahme weiterer Agenturen oder auf einen sonstigen Handelsbetrieb angewiesen.[4] Die Denkschrift hebt besonders hervor, daß der Handelsvertreter sogar in manchen Fällen genötigt sein werde, gleichzeitig mehrere Produzenten oder Großhändler zu vertreten, um seinen Kunden die erforderliche Auswahl zu bieten. Dieser Gesichtspunkt aber trifft, wie nachzuweisen versucht wurde, nicht nur in manchen, sondern wohl in allen Fällen zu. Die Denkschrift geht dann im Ergebnis davon aus, daß die Vorschrift über die Pflicht des Agenten, das Interesse des Geschäftsherrn zu wahren, ausreichen werde, um in einzelnen Falle unter Berücksichtigung der Art und des Zweckes der Ge-

---

1) vgl. etwa Schröder in Schlegelberger, § 86 Anm.40;
2) schon deshalb ist ein Vergleich zwischen dem Wettbewerbsverbot eines Handelsvertreters und eines Handlungsgehilfen, wie ihn z.B. das LG Stuttgart in NJW 1952/827 und das OLG Düsseldorf in WuW 1951/S.69 (70) ziehen, unzulässig;
3) Materialien 1897, S.33 und 34;
4) vgl. dazu auch Herschel-Beine, S.49; Staub-Bondi, § 84 Anm.22;

schäftsverbindung und der in dem betreffenden Handelszweige bestehenden Übung die Grenzen festzustellen, welche von dem Agenten hinsichtlich der Vertretung anderer Handlungshäuser sowie hinsichtlich des eigenen Handelsbetriebes eingehalten werden müßten.

bb) Grenzen des Eigeninteresses des Handelsvertreters

Die Grenze, innerhalb derer die Vertretung von Konkurrenzfirmen als unzulässig anzusehen ist, muß nach der hier vertretenen Auffassung sehr eng gezogen werden.
So wird Schröder [1] zuzugeben sein, daß der Handelsvertreter Personen, die mit dem Unternehmer abschließen wollen, nicht veranlassen darf, mit einem anderen Unternehmer abzuschließen, mit dem der Unternehmer in Wettbewerb steht. Er darf sich nicht selbst durch seine Wettbewerbstätigkeit den Abschluß von Geschäften für den Geschäftsherrn unmöglich machen, indem er die Kunden seinem Geschäftsherrn abspenstig macht.[2] Wenn sich der Kunde also schon für eines der konkurrierenden Fabrikate entschieden hat, dann darf der Handelsvertreter nicht versuchen, ihn davon abzuhalten und zum Konkurrenzfabrikat herüberzuziehen. Anders ist es aber, wenn der Kunde sich seine Meinung erst bei dem Besuch des Handelsvertreters bildet. In diesem Falle liegt noch gar kein Entschluß des Kunden vor, mithin auch keine "Aussicht" des Unternehmers, die der Handelsvertreter dadurch zunichte macht, daß er den Kunden nunmehr für das Konkurrenzfabrikat gewinnt. Duden [3] hält deshalb den Handelsvertreter in einem solchen Fall nur den verschiedenen Unternehmern gleich verpflichtet, ihre Waren der Kundschaft vorteilhaft zu präsentieren; er darf also die Waren des einen Geschäftsherrn gegenüber denen des anderen nicht herabsetzen oder ihre Mängel betonen.[4]
Am weitesten in der neueren Rechtsprechung gehen wohl das OLG Hamburg [5] und der Bundesgerichtshof.[6] Nach der Meinung des

---

1) in Schlegelberger, § 86 Anm.17;
2) Hamburger kaufm. Schiedsgericht in HRGZ, Abt.B, 1940/316 (317); Koenige, § 84 Anm.3;
3) in Baumbach-Duden, § 86 Anm.2,B;
4) Schmidt-Rimpler in Ehrenberg, S,85;
5) in MDR 1955/422;
6) in Betr. 1956/473;

OLG Hamburg ist der Handelsvertreter auf Grund des § 86 HGB nur gehalten, dem Unternehmer nicht in den Artikeln, auf die sich sein Vertrag ausdrücklich bezieht, mit einer anderen Firma in der Weise Konkurrenz zu machen, daß er praktisch kaum noch Geschäfte für den Unternehmer abschließt. Nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs geht die freie Stellung des Handelsvertreters nicht so weit, daß er für Konkurrenten seines Auftraggebers auch solche Geschäfte abschließen dürfte, die infolge ihres Umfangs, der besonderen Qualität oder des günstigen Preises notwendigerweise dazu führen müßten, daß der Geschäftsherr gerade durch die Tätigkeit seines eigenen Vertreters vom Markt verdrängt werde.

Diesen Formulierungen kann auch von dem hier vertretenen Standpunkt aus unbedenklich gefolgt werden. Der Bundesgerichtshof und das OLG Hamburg stellen ausdrücklich klar, daß die aus der Interessenwahrungspflicht des Handelsvertreters hergeleitete Pflicht zur Unterlassung einer Konkurrenz nicht so weit geht, daß jegliche Konkurrenz in gleichartigen Waren unzulässig wäre.
Alle diese Überlegungen werden auch sehr häufig dahin zusammengefaßt, daß die Übernahme von Konkurrenzvertretungen in der Branche [1] oder nach der Handelssitte [2] üblich und damit im Hinblick auf die in den §§ 84 a.F. und 86 Absatz I n.F. HGB konstituierte Interessenwahrungspflicht unbedenklich seien,[3] und dadurch inzidenter wohl auch allgemein anerkannt.

II. Die Eigentümerstellung des Unternehmers

Die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung des Handelsvertreters, so folgern Würdinger [4] und Huber,[5] ergebe sich - abgesehen von der Stellung des Handelsvertreters als eines Interessewahrers - auch aus dem Eigentumsrecht des Unternehmers.

---

1) Schmidt-Rimpler in Ehrenberg, S.85;
2) Würdinger in RGRK.z.HGB, § 84 Anm.20;
3) wobei im Zweifel sogar das Recht und die Verkehrssitte am Niederlassungsort des Handelsvertreters maßgebend sein sollen, vgl. Koenige, § 84 Anm.3;
4) in GRUR 1949/277;
5) Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S.360/361;

Während Würdinger seine Ansicht nur mit einem Hinweis auf ein gesetzlich anerkanntes Ausschließlichkeits- und Monopolrecht des Eigentümers nach § 903 BGB begründet und sie auch in seiner Kommentierung zum Handelsgesetzbuch [1] aufgegeben zu haben scheint, Huber sich auf die Bemerkung beschränkt, daß das Eigentumsrecht des Herstellers auch nach Lieferung der Ware an den Vertreter fortdauere, wird diese Meinung insbesondere von Rittner [2] und Schmidt-Rimpler [3] bekämpft.

Mit Rittner ist einzuwenden, daß sich doch die Befugnis des Eigentümers nur auf den Eigentumsgegenstand bezieht, also nur zu Weisungen im Hinblick auf Preis, Lieferungsbedingungen und Geschäftspartner berechtigt. Während den Bedenken Rittners,[4] daß die Eigentümermacht schon aus dem Grunde nicht das Entscheidende sein könne, weil der Handelsvertreter in vielen Fällen nicht einmal Besitzer der Ware werde, kein entscheidendes Gewicht beigemessen werden kann, gibt jedoch die Überlegung den Ausschlag, daß § 903 BGB dem Eigentümer nur das Recht gibt, mit der Sache als Gegenstand seines Eigentums nach Belieben zu verfahren. Bei einer Wettbewerbsklausel wird jedoch nicht über diese Sache verfügt oder überhaupt eine Bestimmung über diese Sache getroffen, sondern die Partnerfreiheit des Handelsvertreters als eine Befugnis, die der Eingriffsmöglichkeit des Unternehmers nicht unterliegt, beschnitten.

Schmidt-Rimpler [5] hebt mit Recht hervor, daß die Wettbewerbsgesetze gerade auch Einschränkungen der Verfügungsbefugnis des Eigentümers mit sich brächten, andererseits jedoch Bindungen gestatteten, die nicht aus dem Eigentum folgten, aber der Wettbewerbsordnung entsprächen, so daß dieser Gedankengang die Zulässigkeitsgrenze einerseits zu eng und andererseits zu weit festsetze.

---

1) in RGRK.z.HGB, insbes. Vorbem. zu § 84 und § 84 Anm.20;
2) AB, S.142/143;
3) Gutachten, S.13/14;
4) AB, S.143;
5) a.a.O.;

III. Die Dispositionsfreiheit des Unternehmers

1. Die vertretenen Meinungen

Nach einer weiteren Auffassung rechtfertigt sich die Bindung des Handelsvertreters aus der Dispositionsfreiheit des Unternehmers über sein eigenes Verhalten im Wettbewerb.[1] Der Unternehmer sei hinsichtlich der Gestaltung seiner Absatzpolitik frei.[2] Im Wettbewerb "seines" Unternehmens aber gehöre der Handelsvertreter zu diesem Unternehmen und könne nicht von ihm ganz oder teilweise abgespalten werden.[3] Der Handelsvertreter habe einen Teil seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit aufgegeben,[4] die Stellung eines Hilfsgewerbetreibenden erlangt[5] und damit seine wirtschaftliche Funktion im Wettbewerb entscheidend verändert,[6] sei also - funktionell gesehen - dem wirtschaftlichen Organismus des von ihm vertretenen Unternehmens integriert.[7] Es bestehe aber kein vernünftiger Grund, ein Unternehmen zu zwingen, sich innerhalb der eigenen Verkaufsorganisation Wettbewerb zu schaffen.[8] Ebensowenig, wie der Unternehmer verpflichtet sei, neben seinen eigenen Waren oder Leistungen auch solche eines anderen Unternehmers zu führen und anzubieten, ebensowenig ergebe sich eine Verpflichtung des Unternehmers, solches über seine Vertreter zu tun. Der Unternehmer sei mithin nicht verpflichtet, dem Vertreter zu gestatten, zugleich Waren sowie Leistungen eines anderen Unternehmers den Konsumenten zu vermitteln oder die gleichzeitige Vertretung eines anderen Unternehmers zu übernehmen.[9] Auch das OLG München[10] sieht unter ausdrücklicher Berufung auf Würdinger[11]

---

1) OLG München in BB 1956/20; Würdinger in RGRK.z.HGB, Vorbem.2 vor § 84;
2) Rasch, § 18 Anm.7b;
3) Rittner in Betr. 1957/1118 (1119); ähnlich schon LG Stuttgart in NJW 1952/827;
4) Rasch in WuW 1958/208 (213); Rittner, AB, S.141;
5) Rasch, a.a.O.; Rittner, a.a.O.;
6) Rasch, a.a.O.; Rittner, a.a.O.; Schmidt-Rimpler, Gutachten, S.7/8;
7) Biedenkopf, S.91; Gleiss-Lutz in AG 1958/128 (131); Rittner, AB, S.113 und 141 und in MA 1958/197 (198);
8) Gleiss-Lutz, a.a.O.; Mestmäcker in JZ 1954/621 (623);
9) Würdinger in RGRK.z.HGB, Vorbem.2 vor § 84;
10) in BB 1956/20;
11) a.a.O.;

die Berechtigung von Wettbewerbsklauseln zwischen Unternehmer und Handelsvertreter darin, daß der Unternehmer nicht verpflichtet sei, in seinem eigenen Organisationsbereich fremde Erzeugnisse neben seinen eigenen anzubieten. Der Unternehmer dürfe dies daher verhindern, solange er die Verfügungsbefugnis über seine Ware habe.

Auf die Bedeutung des Eigentums bei der Beurteilung von Wettbewerbsklauseln wurde bereits hingewiesen: Die Frage des Eigentums ist auf jeden Fall dort ohne Bedeutung, wo es sich nicht um die Ware des Unternehmers als Gegenstand von bestehenden Verträgen oder erst in Zukunft abzuschließenden Geschäften handelt, sondern es um die Partner- und damit Abschlußfreiheit im weiteren Sinne des Handelsvertreters über seine gewerblichen Leistungen geht.

Im übrigen kommt es darauf an, inwieweit der auch vom Bundesgerichtshof [1] ausgesprochene Satz Gültigkeit beanspruchen darf, daß sich die Stellung des Handelsvertreters als eines Hilfsgewerbetreibenden im Hinblick auf Wettbewerbsfragen rechtlich und wirtschaftlich grundlegend von der Stellung eines Einzel- und Eigenhändlers unterscheiden soll. Es ist also zu prüfen, ob und in wieweit die Freiheit des Handelsvertreters, sein Wettbewerbsverhalten nach seinen eigenen Plänen einzurichten, von der entsprechenden Dispositionsfreiheit des Unternehmers verdrängt wird.

2. Wettbewerbsrechtlicher Ausgangspunkt

Eine Entscheidungsfreiheit des Unternehmers über sein Wettbewerbsverhalten ist anzuerkennen, solange es sich um wettbewerbskonforme Entschließungen handelt.

a) Entschließungsfreiheit des Unternehmers

Der Unternehmer kann sich aus eigener Verantwortlichkeit frei entscheiden, welche Stellung er im Wettbewerb auf dem Markt beziehen will. Er kann bestimmen, welche Waren oder Leistungen

---

1) in WuW/E BGH 65 (68);

er anbieten oder abnehmen will, die Bedingungen festsetzen, zu denen er zu kontrahieren geneigt ist, und seine Vertragspartner auswählen. Er ist nicht verpflichtet, neben seinen eigenen Waren oder Leistungen auch solche eines anderen Unternehmers zu führen oder anzubieten.

Bei der Beurteilung von Wettbewerbsmaßnahmen, die der Unternehmer durch andere Umsatzbeteiligte vollzieht, kommt es darauf an, wieweit seine Entscheidungsbefugnis reicht.

b) Wirtschaftliche Funktion des Gebundenen

Tragender Rechtsgedanke für die Tatbestände des § 18 GWB ist die Sicherung des Leistungswettbewerbs, der im Prinzip die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Marktbeteiligten voraussetzt und eine Offenhaltung der Märkte fordert.[1] Zweck des Gesetzes ist die Sicherung wirtschaftlicher Freiheit vor Beeinträchtigung durch privatrechtliche Marktvereinbarung und Marktmacht.[2]
Nach dem Gesagten wird die Beantwortung der Frage, wieweit der Unternehmer andere Umsatzbeteiligte in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten beschränken darf, davon abhängen, ob er damit in die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit eines anderen Unternehmers ungebührlich eingreift. Das wiederum setzt voraus, daß es sich um ein Wirtschaftssubjekt handelt, das zumindest insoweit über seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit verfügt, daß man es noch als selbständigen Träger einer Entscheidungsfreiheit in Wettbewerbsfragen ansprechen kann.

Als Ansatzpunkt bietet sich deshalb die volkswirtschaftliche Funktion des Umsatzbeteiligten an.[3] Dieses Kriterium kann mit Schmidt-Rimpler [4] auf die Formel zurückgeführt werden, daß die Ausschließlichkeitsklausel die Wettbewerbsordnung als solche nur verletzen kann, soweit der durch die Klausel Gebundene ein Wirtschaftssubjekt ist, dessen volkswirtschaftliche und damit auch wettbewerbsmäßige Funktion darin besteht, seinen Kunden die Waren verschiedener Wettbewerber nach ihrer Wahl

1) Schwartz in Müller-Henneberg, § 18 Anm.6;
2) Biedenkopf, S.233;
3) Schmidt-Rimpler, Gutachten, S.5;
4) a.a.O.;

zur Verfügung zu stellen, der also funktionsmäßig ohne die ausdrückliche Ausschließlichkeitsbindung - mindestens möglicherweise - die Waren der Wettbewerber absetzen würde. Schmidt-Rimpler hat dabei den allgemeinen Umsatzhändler im Auge, auf den diese Überlegung sicher zutrifft.
Seine weitere Begründung aber [1] kann nicht unwidersprochen bleiben. Schmidt-Rimpler bezeichnet den allgemeinen Umsatzhändler funktionell als Organ der Verbraucher-, also der Abnehmerseite des Marktes, der durch die Ausschließlichkeitsklausel insofern wettbewerbswidrig verengt werde, während diese funktionelle Voraussetzung bei verschiedenen Typen von Umsatzbeteiligten, wie den Angestellten (Handlungsgehilfen), Hilfsgewerbetreibenden und Eigenhändlervertretern fehle.[2] Daraus folgert er, daß vom Gedanken der Wettbewerbsordnung her nicht die geringsten Bedenken gegen die Ausschließlichkeitsklausel bestünden, sofern sie der alsdann vorliegenden andersartigen volkswirtschaftlichen Funktion des Umsatzbeteiligten entspreche.
Schmidt-Rimpler hat bei diesem Gedankengang jedoch nicht beachtet, daß der von ihm genannte allgemeine Umsatzhändler durchaus nicht nur Organ der Verbraucherseite ist, sondern ebenso - vom Hersteller aus betrachtet - ein Teil des Absatzweges. Es stellt demnach eine unzulässige Vereinfachung dar, wenn die Ausschließlichkeitsklausel bei dem allgemeinen Umsatzhändler deshalb als wettbewerbsfeindlich bezeichnet wird, weil er ein Organ der Abnehmerseite sei und bei den genannten Umsatzbeteiligten deshalb als unbedenklich, weil sie funktionell Organe der Anbieterseite darstellten.

aa) Die andere Marktseite und der weitere Absatzweg

Schmidt-Rimpler ist allerdings insoweit zuzustimmen, als er eine Bindung der anderen Marktseite als wettbewerbsfeindlich bezeichnet. Der Kreis der bedenklichen Bindungen ist damit jedoch zu eng gezogen. Vielmehr können auch Bindungen des Absatzweges durchaus bedenklich sein. Absatzweg ist nichts anderes als die Handelskette vom Hersteller zum Verbraucher. Damit kön-

1) Gutachten, S.6;
2) a.a.O., S.6/7;

nen auf dem Absatzweg (wenigstens theoretisch) eingeschaltet sein: Hersteller - Handelsvertreter - Grossist - Handelsvertreter und Einzelhändler, der schließlich an den Verbraucher abgibt. Schmidt-Rimpler hat sicherlich auch nicht die Auffassung vertreten wollen, daß der Unternehmer alle Glieder dieser Kette solle binden dürfen, ohne wettbewerbsrechtliche Einwände befürchten zu müssen, nur weil sie - vom Unternehmer aus betrachtet - Teil des Absatzweges sind.

bb) Die eigene Absatzorganisation

Aus allem ergibt sich, daß nicht generell eine Beschränkung des Absatzweges, sondern nur eine Einflußnahme auf die eigene Absatzorganisation als unbedenklich angesehen werden kann. Dabei stellt sich allerdings die Frage, wie weit diese eigene Absatzorganisation reicht.

a') Begriff der eigenen Absatzorganisation

Obwohl davon gesprochen wird, daß der Handelsvertreter in die Absatzorganisation des Unternehmers eingegliedert sei und daraus gefolgert wird, daß er deshalb den Wettbewerbsvorschriften des Unternehmers zu folgen habe,[1] ist eine wettbewerbsrechtlich brauchbare Bestimmung dieses Begriffs bisher nicht genügend erarbeitet worden. So bezeichnet Seyffert[2] auch den Großhändler als Absatzorgan des Fabrikanten; eine Bindung des Großhändlers läßt sich jedoch nicht mehr als unbedenklich bezeichnen.

Zur eigenen Absatzorganisation gehören unzweifelhaft die abhängigen, mit der Güterverteilung betrauten Personen, die lediglich in einem Dienstverhältnis für den Dienstberechtigten Waren verkaufen. Ihre Funktion im Wettbewerb besteht gerade darin, die Waren des Dienstherrn, nicht aber die anderer zu vertreiben; ihre Einordnung in das Unternehmen des Dienstberechtigten erfordert vielmehr, daß sie dessen Wettbewerb unterstützen.[3] Das ist auch der Grund, weshalb Dienstverhältnisse

1) vgl. etwa Biedenkopf, S.91; Gleiss-Lutz in AG 1958/128 (131); Rittner, AB, S.113 und 141 und in MA 1958/197 (198);
2) Wirtschaftslehre, S.51;
3) Schmidt-Rimpler, Gutachten, S.7;

von vorneherein aus dem Bereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen herausgenommen wurden; das GWB spricht nur von Unternehmen.[1] Die Angestellten üben nicht selbständig eigene wirtschaftliche Umsatztätigkeit aus, sondern sind dem Unternehmen des Geschäftsherrn eingegliedert.

Ein für diese Untersuchung brauchbarer Begriff der Absatzorganisation hat sich allein an der volkswirtschaftlichen Funktion des Beteiligten zu orientieren. Es kommt darauf an, ob der Beteiligte notwendigerweise, also nach der Natur der Sache, nur dem Marktverhalten eines bestimmten Unternehmers zu dienen hat. Solange der Beteiligte aber - ohne eine möglicherweise im Vertrag normierte ausdrückliche Bindung - zumindest potentiell auch noch für andere Unternehmen tätig werden darf, versagt das Modell der Absatzorganisation, wiewohl er trotzdem das Medium für den Unternehmer bleibt, über das er seine Erzeugnisse absetzt. Eine eigene Absatzorganisation, die zum Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Erörterungen gemacht werden kann, setzt deshalb voraus, daß es zu einer vollständigen Eingliederung des Beteiligten gekommen ist, also nur noch ein unternehmerisches Ganzes vorhanden ist. Nur in diesem Fall werden die Beteiligten allein durch die Tatsache ihrer Beschäftigung als beispielsweise Buchhalter, Korrespondenten oder Reisende als Objekte des Wettbewerbs neutralisiert. Sie dürfen im Absatz nur für den Unternehmer tätig werden, wie sich auch aus § 60 HGB ergibt.

b') Der Handelsvertreter als Teil dieser Absatzorganisation

Von entscheidender Bedeutung für unsere Untersuchung ist, ob auch der Handelsvertreter in entsprechender Weise in die Organisation des Unternehmers eingegliedert ist, daß er insoweit auch seine wirtschaftliche Selbständigkeit verloren hat.

Rittner[2] meint, es ergebe sich nahezu notwendig aus der Funktion des Handelsvertreters, daß anderen Unternehmen der Zugang zu dem anderen Markt (z.B. dem Warenmarkt) über eben diese Vermittler versperrt sei. Das unterbinden zu wollen, hieße die

---

1) vgl. Schwartz in Müller-Henneberg, § 18 Anm.7;
2) AB, S.146;

Handelsvertreterfunktion ausschalten und an ihre Stelle entweder den Makler oder einen anderen Typ des freien Vermittlers setzen. Rittner zieht dann weiter die "Parallelerscheinung" des Angestellten zum Vergleich heran. Mit dem Abschluß des Arbeitsvertrages und der Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb verlören die Mitbewerber des Unternehmers ebenfalls die Chance, sich dieser - ihnen auf dem Arbeitsmarkt potentiell zur Verfügung stehenden - Hilfskraft zu bedienen. Ebenso soll die Funktion des Handelsvertreters nicht darin bestehen, dem Publikum als allgemeiner Umsatzhändler die Waren der verschiedenen Wettbewerber zugänglich zu machen, sondern vielmehr darin, e i n e n Wettbewerber in seinem Bemühen um Kundengewinnung zu unterstützen und dessen Waren "für ihn" abzusetzen; er sei eben "Hilfsgewerbetreibender".[1] Biedenkopf [2] weist darauf hin, daß die Leistung des Handelsvertreters in der Vertretung des Geschäftsherrn, also in der Mitwirkung bei der Durchführung seines Wirtschaftsplanes bestehe, soweit dieser das Tätigkeitsfeld des Handelsvertreters betreffe.

Es wird demnach unterschieden,[3] daß Unternehmer und Handelsvertreter einander zwar auch in dem Verhältnis von Anbieter und Nachfrager gegenüberständen, diese Begegnung jedoch auf dem Markte stattfinde, dessen Marktgegenstand in einem Interessenwahrungsverhältnis bestehe; auf dem Markte hingegen, auf welchem der Gebundene für den Bindenden tätig werde, der also den eigentlichen Wirkungs- und Interessenbereich des bindenden Unternehmers darstelle, erscheine der Gebundene nur als ein Glied in dem wirtschaftlichen Organismus des anderen Unternehmers, der hier allein "marktfähig" sei.

Bei der Diskussion ist jedoch nur zu trennen zwischen der Dispositionsbefugnis über das Wettbewerbsverhalten anderer Personen, also der Frage, inwieweit er den Markt für ihre Leistungen abriegeln darf, und seinem eigenen Marktverhalten hinsichtlich der Waren, die er absetzen will. Hier allerdings kann man Rittner darin zustimmen, daß insoweit nur der Unternehmer "marktfähig" ist. Die Untersuchung mündet also in die Frage, ob auch

---

1) Schmidt-Rimpler, Gutachten, S.7;
2) S.81;
3) vgl. Rittner, AB, S.113;

der Handelsvertreter wie der Angestellte allein kraft der Funktion, in die er durch den Vertrag (ohne eine ausdrückliche Bindung) einrückt, als Objekt des Wettbewerbs neutralisiert wird. Nur dann wäre eine Ausschließlichkeitsbindung nicht wettbewerbsfeindlich.

Es ergibt sich jedoch ein entscheidender Unterschied zu den Handlungsgehilfen. Während diesen ein gesetzliches Wettbewerbsverbot trifft (§ 60 HGB) und er auf Grund des Anstellungsvertrages im Rahmen des vertraglich oder tariflich festgelegten allgemeinen Tätigkeitsbereichs generell zur Verfügung zu stehen hat [1] und deshalb für die Dauer des Vertrages aus dem Marktgeschehen ausscheidet, beteiligt sich der Handelsvertreter weiterhin wirtschaftend am Marktprozess.[2]

Die Absatzorganisation (im engeren Sinne) des Unternehmers reicht nur soweit, als die Glieder dieser Organisation nur für ihn im Absatz tätig werden, weil sie kraft Anstellung als Objekte des Wettbewerbs neutralisiert werden. Während der Angestellte also ein unselbständiges Glied im Geschäftsorganismus des Prinzipals darstellt,[3] ersetzt der Handelsvertreter die Funktion des Zwischenhandels.[4] Würdinger [5] unterscheidet deshalb auch, ob der Handelsvertreter die Rechtsstellung eines selbständigen Kaufmanns mit eigenem Betrieb, eigenem Risiko innehat o d e r ob er in das Unternehmen des Dienstherrn eingegliedert ist.[6]

Festzuhalten ist deshalb: Falls der Handelsvertreter aus rechtlichen Gründen zu ausschließlichem Geschäftsverkehr verpflichtet ist, fehlt es an seiner eigenen Dispositionsfreiheit, die dann durch Vereinbarung einer Ausschließlichkeitsbindung auch nicht mehr eingeschränkt werden kann. Soweit jedoch die Ausschließlichkeitsbindung über diese Beschränkung der Dispositionsfreiheit hinausgeht, also noch in den bestehenden Freiheits-

---

1) Würdinger in RGRK.z.HGB, § 84 Anm.9;
2) Biedenkopf, S.233;
3) vgl. Würdinger, a.a.O. und auch Palandt-Gramm, Einführung 2b vor § 611 BGB;
4) Würdinger, a.a.O., Vorbem.1 vor § 84;
5) a.a.O., § 84 Anm.9;
6) vgl. auch OLG Celle in BB 1958/246;

raum eingreift, handelt es sich um eine Bindung im Sinne des § 18 GWB.[1]

3. Weisungsbefugnisse gegenüber dem Handelsvertreter

a) Wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Weisungen

Sicherlich kann der Unternehmer einseitig darauf hinwirken, daß der Handelsvertreter gewisse Waren oder Dienstleistungen des Unternehmers nicht anbiete, daß er sich von bestimmten Kunden fernhalte oder ganz bestimmte Preise fordere, sie nicht unter- oder überschreite, kurz, sein Verhalten auf dem Markt allein nach seinem eigenen Gutdünken einrichte. Es ist wettbewerbsrechtlich unbedenklich, wenn der Unternehmer dem Handelsvertreter gewisse Weisungen über das Verhalten am Markt erteilt, solange sich dieses Verhalten nur auf die eigenen Erzeugnisse des Unternehmers beziehen soll.

b) Grenzen der unternehmerischen Dispositionsfreiheit

Würdinger [2] ist auch ohne Frage zuzugeben, daß der Unternehmer nicht verpflichtet ist, neben seinen eigenen Waren oder Leistungen auch solche eines anderen Unternehmers zu führen und anzubieten, noch verpflichtet ist, das über seine Vertreter zu tun. Daraus darf mit Würdinger jedoch nicht gefolgert werden, daß der Unternehmer "mithin" auch nicht verpflichtet sei, dem Vertreter zu gestatten, zugleich Waren sowie Leistungen eines anderen Unternehmers zu vermitteln oder die gleichzeitige Vertretung eines anderen Unternehmers zu übernehmen.
Diese Überlegungen wären richtig, wenn der Handelsvertreter in solcher Weise in den Betrieb des Unternehmers eingegliedert wäre, daß er gleichsam einen Teil oder ein Organ des unternehmerischen Betriebes darstellte und für ihn ein gesetzliches Wettbewerbsverbot wie für den Handlungsgehilfen in § 60 HGB bestünde. Nur dann könnte nämlich die Frage praktisch werden, ob der Unternehmer vielleicht verpflichtet ist, über seine eigene Organisation Konkurrenzartikel zu vertreiben. Beide Vorausset-

1) Biedenkopf, S.233
2) in RGRK.z.HGB, Vorbem.2 vor § 84;

zungen liegen aber nicht vor. Weder besteht ein gesetzliches Wettbewerbsverbot für den Handelsvertreter, noch ist er in den Betrieb des Unternehmers in der geschilderten Weise eingegliedert.

Die gewünschte Folgerung darf also nicht gezogen werden. Anderenfalls ließe diese Betrachtungsweise außer acht, daß nicht nur der Unternehmer wirtschaftliche Dispositionsfreiheit genießt, sondern daß auch der Handelsvertreter genau so frei in seinen geschäftlichen Entschließungen ist. Der Unternehmer würde mithin in die Dispositionsfreiheit eines anderen Wirtschaftssubjekts eingreifen. Damit jedoch würde er die Grenzen seiner eigenen Wettbewerbsfreiheit überschreiten, denn diese ist ihrerseits beschränkt durch die Wettbewerbsfreiheit jedes anderen.[1)]

IV. Eigentlicher und untergeordneter Vertragsinhalt

Ein anderer Angriff gegen die Anwendbarkeit des § 18 GWB auf Handelsvertreterverhältnisse wird mit dem Hinweis begründet, das GWB gelte nicht für Rechtsverhältnisse ohne wettbewerbsbeschränkende Tendenz.
Diese Ansicht möchte von vorneherein alle die Fälle ausscheiden, bei denen die Einschränkung der einem freien Unternehmer eigenen Bewegungsfreiheit nicht primärer Vertragsinhalt ist, sondern nur eine notwendige Folge oder Begleiterscheinung des auf anderes gerichteten Vertrages, so daß man von einer bloßen Reflexwirkung sprechen könne.[2)] Diese Voraussetzung läge beim Handelsvertretervertrag vor.

1. Die bedenklichen Tatbestände

Der Einwand ist damit in seiner Angriffsrichtung bereits präzisiert. Es geht dabei offenbar um die Fragestellung, ob das GWB sich nur gegen solche Abreden richtet, die eine Wettbewerbsbeschränkung zum Ziele haben, oder ob es generell alle Wettbewerbsbeschränkungen betrifft, ohne Rücksicht darauf, ob

---

1) Ausschußbericht Hellwig, C,I, abgedr. bei Müller-Henneberg, S.1164;
2) Langen, § 18 Anm.V,1a;

diese Beschränkungen bezweckt waren oder ob sie nur im Ergebnis tatsächlich vorliegen.
Rasch [1] meint, die erste Auffassung ergebe sich zwingend aus dem Zweck des Gesetzes. Wenn § 18 GWB der Kartellbehörde die Möglichkeit zu Eingriffen in die bestehenden Verträge gebe, so setze diese Regelung naturgemäß Verträge voraus, bei denen Wettbewerbsbeschränkungen eine zusätzliche, dem Vertragstypus im allgemeinen nicht eigene Bedeutung hätten.[2] Sie sei sinnlos mit Bezug auf Verträge, denen bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen wesenseigen seien. Rasch bedient sich bei seiner Beweisführung insbesondere des Instituts des Einfirmenvertreters, an dem er die Richtigkeit seiner Auffassung am überzeugendsten illustrieren zu können meint.
Auch Rittner [3] hebt hervor, daß die "Beschränkung" in § 18 Absatz I Ziffer 2 GWB ein zusätzliches, von dem übrigen Vertragsinhalt (Austauschvorgang) ablösbares Element der Vereinbarung mit einer spezifischen Richtung darstellen müsse, die auf die Wettbewerbssituation hinsichtlich künftiger Austauschvorgänge abziele.

a) Die "Wirkung" als Anknüpfungspunkt für das GWB

Bei einer Stellungnahme zu diesem Einwand ist davon auszugehen, ob es das GWB lediglich auf das Ziel einer Absprache abgestellt hat oder auch die bloß wettbewerbsbeschränkende Wirkung einer Vereinbarung genügen läßt.
Die Antwort darauf läßt sich nur wieder aus der allgemeinen Aufgabe des Gesetzes herleiten; kam es doch unter der Geltung der alliierten Dekartellierungsgesetze [4] nur darauf an, welcher Zweck mit einer Absprache verfolgt wurde.[5]

aa) Trennung von "Absicht" und "Wirkung"

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß sich oft schwerlich entscheiden läßt, ob eine Absicht vorliegt oder ob nur objektiv

---

1) in WuW 1958/208 (212);
2) vgl. auch Müller-Gries, § 18 Anm.10;
3) in Betr. 1957/1118 (1120);
4) Art.V Ziffer 9 c 2 des Ges.Nr.56 / VO Nr.78;
5) vgl. statt aller Schmidt-Rimpler, Gutachten, S.40/41;

die mißbilligte Wirkung eingetreten ist. Auch die Formel, daß "Verträge, die nicht vor allem darauf hinzielen", unbeanstandet bleiben sollen, ermöglicht keine befriedigende Abgrenzung. So ergibt sich die hier interessierende Beschränkung sicher nicht rein zufällig als nicht kalkulierte Nebenwirkung, sondern ist naturgemäß auch beabsichtigt worden.

Hier hat insbesondere Biedenkopf [1] ausgeführt, daß es darauf ankommt, ob die zugrundeliegende Parteiabsicht allein Eigenschaften aufweist, die dem Grundtatbestand des gegenseitigen Vertrages entsprechen oder nicht. Die Parteiabsicht ist bei einem reinen Austauschgeschäft nicht nach außen bezogen, insbesondere nicht auf Dritte gerichtet, während die Vereinbarung einer Ausschließlichkeitsbindung ohne die Einbeziehung des Verhältnisses zum Dritten in den Tatbestand überhaupt nicht denkbar ist. Die Ausschließlichkeitsbindung setzt logisch ein bestehendes oder doch potentielles vertragliches Drittverhältnis eines oder beider Vertragsparteien voraus.[2] Wenn dem aber so ist, dann wird die Ausschließlichkeitsbindung auch im Hinblick auf dieses Drittverhältnis getroffen.
Allerdings ist es richtig, wenn Spengler [3] unterscheidet, daß Ausschließlichkeitsverträge im Gegensatz zum Boykott nicht mit dem Ziel der Schädigung eines individuellen Konkurrenten, sondern zur Sicherung des eigenen Absatzes auf Kosten aller Konkurrenten abgeschlossen werden. Auf diese Differenzierung wird jedoch in § 18 GWB nicht abgestellt.

Schon damit wird eine Unterscheidung, die auf Absicht oder Wirkung einer Ausschließlichkeitsbindung abstellt, doch recht fragwürdig.

bb) Die positive Regelung

Das Gesetz selbst stellt in § 18 GWB kein subjektives Erfordernis auf. Es kann auch seiner Aufgabe, den Leistungswettbewerb zu schützen und zu fördern und für eine Offenhaltung der Märkte zu sorgen, nur gerecht werden, wenn auch rein objektive Beeinträchtigungen erfaßt werden können.

---

1) S. 92 bis 94;
2) Biedenkopf, S.93;
3) in WuW 1953/195 (202);

Diese Sachlage wird durch einen Blick auf die Systematik des GWB bestätigt. Das Gesetz erklärt gewisse Verträge für unwirksam und unterstellt andere einer Mißbrauchskontrolle. Die Sanktion der Nichtigkeit ist für die betreffenden Vertragspartner naturgemäß schwerwiegender als eine bloße Mißbrauchskontrolle mit einer Eingriffsbefugnis der Kartellbehörde. Trotzdem beschränkt sich § 1 GWB nicht auf gezielte Verträge, sondern knüpft die Nichtigkeit allein an das Erfordernis, ob die Vereinbarungen geeignet sind, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Die schwere Folge der Nichtigkeit soll also bereits eintreten, wenn der Maßnahme allein eine objektiv wettbewerbsbeschränkende Wirkung innewohnt, ohne daß es auf ein subjektives Merkmal - etwa derart, daß die Beteiligten die Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigen oder mindestens kennen - ankäme.[1)]

Es besteht deshalb kein Anlaß, Verträge mit nur wettbewerbsbeschränkender Wirkung, die lediglich einer Mißbrauchskontrolle unterliegen, dem Geltungsbereich des GWB zu entziehen.

b) Regulativ durch Kumulation von Erfordernissen

Einer unerwünschten Ausdehnung der Anwendbarkeit des § 18 hat das Gesetz selbst durch die Aufstellung kumulativer Erfordernisse Rechnung getragen, auf die noch im einzelnen einzugehen sein wird.

2. Anerkennung wirtschaftlich berechtigter Gründe

Es ist an dieser Stelle allerdings noch darauf einzugehen, ob die bloße Wirkung möglicherweise nicht zu beanstanden ist, weil sie durch anzuerkennende wirtschaftliche Gründe gerechtfertigt wird. Hinzuweisen ist hier auf das Interesse des Unternehmers an der Sicherung seines Absatzes, den Walther [2)] als Teil des Schutzes der unternehmerischen Leistung verstanden wissen will, und auf den Gesichtspunkt der Sicherung oder Gegenleistung für die vom Unternehmer gemachten Investitionen oder gewährten Dar-

1) Begr.C zu § 1 Ziffer 3,e;
2) in WuW 1957/571 (572/3);

lehen, wie sie insbesondere im Tankstellengewerbe und in den Bierlieferungsverträgen eine Rolle spielen.

ε) Schutz der unternehmerischen Leistung

Häufig wird mit dem Begriff der Absatzsicherung gearbeitet, ohne daß dieser Begriff eigentlich erläutert wird. In seiner Allgemeinheit kann dieses Argument ohnehin nicht richtig sein. Der Unternehmer erlegt seinen Kontrahenten letztlich jede Ausschließlichkeitsbindung im Interesse seines Absatzes auf,[1] ohne daß aber daraus jeweils die Unbedenklichkeit dieser Klausel folgen müßte. Absatzsicherung durch Bindung von Umsatzbeteiligten bedeutet nichts anderes als Ausschluß von Wettbewerbern von der Zusammenarbeit mit diesen Umsatzbeteiligten. Daß das Argument einer berechtigten Absatzsicherung gegen den Vorwurf, damit in erster Linie Wettbewerbspolitik zu treiben, nicht durchschlägt, wurde bereits nachgewiesen.[2]

b) Investitionsschutz

Die Auffassung, daß die Investitionen des Unternehmers eine Ausschließlichkeitsklausel rechtfertigen könnten, wurde insbesondere vom Bundesgerichtshof [3] vertreten.
Der Bundesgerichtshof hat bei einem ausschließlichen Bierlieferungsvertrag anerkannt, daß die Bierabnahmepflicht in innerem Zusammenhang mit der Gewährung eines Darlehns gestanden habe, das der Bezugsverpflichtete für die Eröffnung seines Geschäfts benötigte. Dafür habe der Darlehnsgeber die dauernde Kundschaft beansprucht.[4] Auch Jacobsohn [5] und Biergans [6] rechtfertigen die Ausschließlichkeitsbindung mit dem Schutz der hohen Investitionen, die der Bau einer modernen Tankstelle heute erfordere.

Demgegenüber hat jedoch vor allem Mestmäcker [7] geltend gemacht, daß Brauereien oder Treibstoffgesellschaften kein unmittelbares

---

1) vgl. z.B. Schwartz in Müller-Henneberg, § 18 Anm.12;
2) vgl. oben, S. 24 bis 26;
3) in NJW 1952/344 (345);
4) ebenso OLG Celle in BB 1953/486 (487);
5) in BB 1953/609 (611);
6) in WuW 1954/350 (351);
7) in JZ 1954/621 (623); ähnlich auch Rittner, AB, S.121;

Interesse an Bankgeschäften hätten und festgestellt, daß nicht die Ausschließlichkeitsklausel das Darlehn sichere, sondern das Darlehn gewährt werde, um einen gesicherten, durch die Ausschließlichkeitsverpflichtung garantierten Absatz zu erzielen.[1] Wenn aber einem Unternehmen Ausschließlichkeitsverträge so wichtig seien, daß es das Risiko einer Darlehnsgewährung auf sich nehme, um diese Bindung zu erreichen, so sei das für sich allein kein Grund, dieses Unternehmen zu privilegieren.[2] Ebenso hält es Schmidt-Rimpler [3] nicht für entscheidend, ob der Erzeuger etwa für das Geschäft des Hilfsgewerbetreibenden, um ihm seine Hilfstätigkeit möglich zu machen und sie gleichzeitig zu fördern, Investitionen gemacht habe, z.B. durch die Erstellung von Gebäuden und technischen Anlagen. Er stellt darauf ab, daß dies beim typischen Handelsvertreter durchaus nicht die Regel sei, er vielmehr die Unterlagen für seine Geschäftstätigkeit meist selbst zur Verfügung stelle. Zutreffend führt schließlich Ewald [4] aus, daß bei Würdigung aller erbrachter Kapitalleistung des einen Vertragsteils die Wettbewerbsfreiheit nicht ein Grundsatz sein dürfe, der zum Schutze des Finanzierungsrisikos gegenüber Dritten oder dem selbständigen Vertragspartner außer Betracht zu bleiben hätte, zumal es der Treibstoffgesellschaft jederzeit unbenommen bleibe, bei gesellschaftseigenen Tankstellen dieses Risiko dadurch auszuschließen, daß sie ihre Anlage in eigene Regie übernehme.

In der Tat verkennen der Bundesgerichtshof [5] und die ihm folgende Rechtsprechung [6] und Literatur [7] die Zweck-Mittel-Beziehung zwischen Ausschließlichkeitsklausel und Darlehn.[8] Tatsächlich dürfte die Ausschließlichkeitsklausel im Normalfall wohl nicht dazu dienen, die Rückzahlung eines Darlehns oder die gemachten Investitionen zu sichern, sondern umgekehrt, die Aufwendungen werden gemacht, um dem Gastwirt oder Tankstellenin-

---

1) so auch Zipfel in BB 1958/1004 (1008);
2) vgl. dazu auch Staudinger-Coing, § 138 Anm.18,ff;
3) Gutachten, S.12;
4) in BB 1953/307 (309);
5) in NJW 1952/344 (345);
6) z.B. OLG Celle in BB 1953/486 (487);
7) Biergans in WuW 1954/350 (351); Jacobsohn in BB 1953/609 (611);
8) vgl. Gleiss-Lutz in AG 1958/128 (131); Rittner, AB, S.121;

haber eine ausschließliche Bezugsverpflichtung aufzuzwingen. Dann sind aber Darlehn und Investitionen nur eines der vielen wirtschaftlichen Kampf- und Druckmittel, die zur Vereinbarung einer Ausschließlichkeitsklausel eingesetzt werden.

Im Gegensatz zu der Annahme von Langen [1] bietet das Merkmal der "eigentlichen Vertragspflicht" also kein befriedigendes Abgrenzungskriterium. Da das GWB nicht auf das Ziel, sondern allein auf die Wirkung der Abreden abstellt, kommt es nicht darauf an, ob die Beschränkung primärer oder sekundärer Vertragsinhalt ist.[2]

§ 6 Schutz des Handelsvertreters als Wirtschaftsstufe

Rittner glaubt auch eine betriebs- und volkswirtschaftliche Gefahr darin sehen zu müssen, wollte man das Handelsvertreterverhältnis dem GWB unterstellen.[3]
Er betrachtet das Modell der Handelsstufen vom Erzeuger zum Endverbraucher und meint, daß die Anwendung des GWB dazu führen würde, daß der Handelsvertreter als Handelsstufe ausscheiden oder doch in seiner weiteren Entfaltung gehemmt würde. Zwar würde dadurch möglicherweise ein vorhandenes Konzentrationsgebilde aufgelöst werden. Die Zerschlagung einer solchen Vertikalkonzentration in der Handelsstufe sei aber aus zwei Gründen bedenklich. Einmal sei sie nur eine halbe Maßnahme, solange dem Unternehmer andere Konzentrationsformen zu Gebote ständen, auf die er ausweichen könnte (etwa Filialbetriebe), und zum anderen wäre damit vor allem die unerwünschte Nebenerscheinung verbunden, daß gerade in einer wirtschaftspolitischen Konzeption, die sich vor allem auch der Sicherung des Mittelstandes widme, mit dem Handelsvertreter ein weiterer selbständiger Gewerbetreibender des Mittelstandes aus dem Wirtschaftsleben ausscheiden würde.

Diese Argumente verdienen gebührende Beachtung, weil sie auch auf der Linie liegen, die sich das GWB als Aufgabe vorgezeichnet hat. Die Tatsache, daß es sich bei diesen Gesichtspunkten,

1) § 18 Anm.V,1a;
2) vgl. auch Roidl in DAR 1959/286 (289), Fußnote 13;
3) AB, S.147 f., 152 ff.;

die Rittner herausstellt, nicht so sehr um juristische, sondern eher um betriebs- und volkswirtschaftliche Argumente handelt, ist dabei in der Diskussion unschädlich, da das GWB auch als Instrument der Wirtschaftspolitik das Gesicht der Volkswirtschaft mitbestimmen soll.
Die Konzeption des Gesetzes fängt aber zugleich auch die Schlagkraft dieser Argumente Rittners auf. Selbst wenn im Einzelfall alle Voraussetzungen des § 18 GWB vorliegen [1] und damit für die Ermessensentscheidung der Kartellbehörde Raum ist, wird sie von dieser Befugnis nur sparsamen Gebrauch machen. Wenn sie aber eingreift, dann folgt sie damit der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des GWB. Das GWB will hier nicht mehr, aber auch nicht weniger, als den Konzentrationsbestrebungen ein Mittel zu einer Vertikalkonzentration aus der Hand zu winden.

Der Einwand Rittners, daß durch die Gefahr, die in § 18 GWB liege, mittelständische Existenzen bedroht oder vernichtet würden, ist auch nicht so erheblich, daß er eine Ablehnung der Anwendung des § 18 GWB tragen könnte. Ihm ist allerdings zuzugeben, daß sich vielen Unternehmern die Überlegung aufdrängen kann, sich etwa durch Umstellung auf Reisende der Gefahr eines Eingriffs der Kartellbehörde nach § 18 GWB zu entziehen.

I. Wirtschaftswissenschaftliche Beurteilung von Handelsstufen

Dem von Rittner gewünschten Schluß stellt sich aber die Überlegung entgegen, daß es keinen Existenzschutz bestimmter Wirtschaftsstufen gibt; der arbeitsteilige Aufbau der Wirtschaft und die Einschaltung der Geschäftsvermittler beruhen vielmehr allein auf den schwankenden und wechselnden Bedürfnissen.[2]

---

1) und das wird nur selten der Fall sein: es ist noch kein Fall bekannt, in dem die Kartellbehörde in bestehende Handelsvertreterverhältnisse kraft ihrer auf § 18 GWB beruhenden Befugnis eingegriffen hätte;
2) vgl. Würdinger in RGRK.z.HGB, Vorbem.1 vor § 84 und allgem. Einleitung vor § 1 Anm.52;

1. Betriebswirtschaftliche Sicht

Die moderne Betriebswirtschaftslehre hat keine dogmatische Vorliebe für bestimmte Handelswege oder Handelsketten (etwa Fabrikant - Großhändler - Einzelhändler - Verbraucher) entwickelt.[1] Mit Seyffert [2] und Spengler [3] ist davon auszugehen, daß die auf Güteraustausch gerichtete Handelsaufgabe und die meisten der in ihr beschlossenen Funktionen eine unabänderliche Gegebenheit sind. Veränderlich sind hingegen die Vertriebsformen, sowie Art und Zahl der Kettenglieder, welche die Handelsaufgabe erfüllen. Es gibt keinen regulären Warenweg.[4] Bei der Entwicklung, welche sich unter dem Gebot größtmöglicher Wirtschaftlichkeit abspielt, kommt es zu Funktionsausgliederungen und Funktionsrückgliederungen.[5]

Das gilt sinngemäß auch für den Handelsvertreter. Der Handelsvertreter ist genau so eine Verteilerstufe wie der Großhändler.[6] Er ist der Mittler, dessen sich der Fabrikant zum Vertrieb seiner Erzeugnisse bedient. Zwar wird er nicht auf eigene Rechnung, sondern wie der Kommissionär für fremde Rechnung tätig, und, anders als der Kommissionär, auch im fremden Namen. Er hat zwar kein Ladengeschäft und auch keine eigene Verdienstspanne, sondern erhält einen prozentualen Anteil am Erlös als Provision. Trotzdem kommt ihm aber eine eigene Funktion als Handelsstufe oder zumindest eine selbständige Stellung zwischen den einzelnen Handelsstufen zu. Auch der Handelsvertreter ist als Glied der Handelskette unabhängig von der Existenz des GWB von Ausschaltungstendenzen bedroht. So haben sich vielfach und lange vor Inkrafttreten des GWB namhafte Firmen von Handelsvertretern auf Reisende umgestellt. Auf der anderen Seite gehen auch Firmen immer wieder dazu über, statt Reisender im Angestelltenverhältnis wieder mit selbständigen Handelsvertretern zusammenzuarbeiten. Leitender Gesichtspunkt ist dabei, daß Kosten und Leistung in angemessenem Verhältnis zueinander blei-

1) Spengler in WuW 1957/540;
2) Wirtschaftslehre, S.258;
3) a.a.O.;
4) Rittner in MA 1958/197;
5) Spengler, a.a.O.;
6) vgl. etwa Würdinger in RGRK.z.HGB, Vorbem.1 vor § 84;

ben; denn nach einem schon im Jahre 1913 durch Schär formulierten Gesetz [1] sind "Selbständigkeit und Existenzmöglichkeit jedes Handelsgliedes bedingt durch die Summe von nützlichen und notwendigen Diensten in der Güterzirkulation, die es leistet und die von einem anderen Gliede nicht ebenso gut und wirtschaftlich verrichtet werden können".[2]

Deshalb ist Aufgabe des GWB auch nicht Existenzschutz der einen oder anderen Vertriebsform. Mögen Ausschaltungsprozesse auch als eine Auflösung der alten Struktur des Verbrauchsgüterabsatzes mißbilligt werden, so gibt doch die Betriebswirtschaftslehre, wie diese Überlegungen zeigen, keine Handhabe, über eine mögliche Ausschaltung des Handelsvertreters als Glied in der Güterzirkulation den Stab zu brechen.

2. Volkswirtschaftliche Sicht

Auch die Volkswirtschaftslehre hält keine allgemeinen Maßstäbe bereit, anhand derer bestimmte Vertriebsformen als allein billigenswert und andere als gemeinschädlich klassifiziert werden könnten.[3] Vielmehr hat sich unsere Wirtschaft an die Vielfalt der Vertriebsformen reibungslos gewöhnt, und die Volkswirtschaftslehre begrüßt den Wettbewerb unterschiedlicher Betriebs- und Vertriebsformen als ein leistungssteigerndes Element der sozialen Marktwirtschaft.[4]

II. Vorzüge des Handelsvertreters im Vergleich zu anderen Absatzwegen

In der Praxis wird sich der Unternehmer sehr überlegen, ob er den Vertrieb seiner Erzeugnisse durch eigene Filialen vornehmen oder Reisende mit dem Verkauf betrauen soll. Es kommt dem Unternehmer in erster Linie darauf an, seine Erzeugnisse in einer Weise an den Kunden heranzutragen, daß diesem der Entschluß zum Geschäftsabschluß leicht gemacht wird. Dazu gehört vor allem,

---

1) zit. bei Spengler in WuW 1957/540 (541);
2) vgl. auch Seyffert, S.258;
4) vgl. etwa Rittner in MA 1958/197; Seyffert, Wirtschaftslehre, S.258;
3) vgl. dazu Spengler in WuW 1957/539 (541);

daß ihm die Ware vor Augen geführt wird, daß er sie sehen und prüfen kann.

In diesem Kriterium liegt gleichzeitig Stärke und Schwäche der Filialbetriebe. Die Filiale hat das Angebot des Unternehmers immer präsent. Der Kunde braucht nur zuzugreifen. Andererseits ist der Wirkungskreis einer Filiale beschränkt. Der Kunde unternimmt regelmäßig keine langen Wege, um sich über das Angebot zu orientieren und dann seine Wahl zu treffen. Filialen können ihrer Verteilerfunktion nur dann optimal gerecht werden, wenn sie ein genügend dichtes Netz bilden. Die Einrichtung und Erhaltung eines weitverzweigten Filialnetzes verlangt aber eine Finanzkraft, wie sie nur dem Großunternehmen zur Verfügung steht. Sie bleibt deshalb dem mittleren und kleinen Unternehmen verschlossen. Auch für das Großunternehmen ist aber die Einrichtung von Filialen nur dann interessant, wenn das Angebot genügend breit sortiert ist [1] oder es sich um Massenkonsumartikel handelt.[2] Für die mittleren und kleinen Unternehmen mag die Einrichtung von Filialen als Vertriebsform und Ersatz für den Handelsvertreter nicht in Betracht kommen. Es bleibt ihnen allerdings die Möglichkeit, den Verkauf ihrer Erzeugnisse durch Reisende vorzunehmen.

Der Reisende ist Angestellter des Unternehmers. Seine Tätigkeit allerdings entspricht der des Handelsvertreters. Auch er besucht die Kunden und wirbt um ihre Gunst für die Erzeugnisse des Unternehmers. Meist erhält er als Entgelt ein monatliches Fixum und eine "Anreizprovision", d.h. eine Erfolgsprämie auf Provisionsbasis. Es mag auch sein, daß er lediglich gegen Provision arbeitet. Er unterscheidet sich dann vom Handelsvertreter lediglich dadurch, daß er seine persönliche Selbständigkeit aufgegeben hat.[3]

Wenn ein Unternehmer - unabhängig von Überlegungen im Hinblick auf das GWB - sich auf Reisende umstellt, dann geschieht das meist aus finanziellen Gründen. Ein Handelsvertreter beanspruch in der Regel eine höhere Provision als ein Reisender als Entgelt erhält und der Reisende hat als Angestellter nicht den

---

1) Salamander-Schuhe, Lebensmittelgroßfilialen;
2) Benzintankstellen;
3) vgl. § 84 Absatz II HGB;

Ausgleichsanspruch des § 89 b HGB. Allerdings birgt ein Stab von Reisenden bei sinkender Konjunktur auch Nachteile für den Unternehmer. Die Kosten für den Reisenden sind (abgesehen von der meist gegenüber dem festen Monatsgehalt erheblich zurücktretenden Anerkennungsprovision) fest. Umgekehrt braucht der Unternehmer bei steigender Konjunktur eine Umsatz- und Erlössteigerung nicht mit einem Reisenden zu teilen.
Trotzdem erschien der Einsatz selbständiger Handelsvertreter zweckmäßig, sobald die Industrialisierung mit ihrer Gütererzeugung für weite Absatzmärkte vielfach eine gebietlich so ausgedehnte Kundenbeeinflussung notwendig machte, daß die Verwendung von reisenden Angestellten zu teuer wurde,[1] insbesondere wenn erhebliche räumliche Entfernungen zwischen dem Absatzgebiet und dem Sitz des Unternehmens lagen.
Abgesehen davon spricht aber bei diesem Komplex noch ein Moment mit, das außerhalb der Kalkulation des Unternehmers liegt. Erfolgreiche Verkäufer sind häufig Unternehmerpersönlichkeiten, die auch auf eine hohe Dotierung in einem Angestelltenverhältnis lieber verzichten zugunsten kaufmännischer Selbständigkeit. Das führt dazu, daß der Unternehmer eine ausreichende Zahl wertvoller Kräfte beim Absatz seiner Waren anders als eben durch Zusammenarbeit mit einem Handelsvertreter gar nicht gewinnen kann.
Auch der Standort gibt dem Handelsvertreter einen Vorzug vor dem Reisenden. Während der Reisende seinen Wohnsitz an der Geschäftsniederlassung des Geschäftsherrn hat, wohnt der Handelsvertreter regelmäßig mitten im Absatzgebiet selbst. Ihm ist es deshalb sehr viel besser als einem Reisenden möglich, den Markt ständig zu beobachten, die Kunden regelmäßig zu besuchen und ihre Verhältnisse, insbesondere die Kreditfähigkeit, zu verfolgen. Er kann auf Grund seines engeren Kontaktes den Geschäftsherrn besser über die Bedarfsrichtung und speziellen Wünsche der Interessenten unterrichten und den Geschäftsherrn auf günstige Konjunkturen aufmerksam machen. Der Handelsvertreter erfährt unmittelbarer als ein Reisender, der nur in größeren Abständen die Kunden besuchen kann, wie sich die Maßnahmen

1) Capelle, 7.Aufl., S.60; Schumann, S.152;

der Konkurrenz auswirken. Vor allem aber liegt die Kundenpflege am besten in seinen Händen.[1)]

Die Gefahren, die dem Handelsvertreterberuf also mittelbar durch § 18 GWB drohen könnten, dürfen nicht überschätzt werden. Auch anläßlich der Vorarbeiten für das neue Gesetz über das Recht der Handelsvertreter [2)] wurde eine Krise für den Handelsvertreterberuf vorausgesagt.[3)] Trotzdem hat der Tätigkeitsbereich des Handelsvertreters auch damals keine spürbare Schmälerung erfahren.

Nach diesen Überlegungen erweist sich keines der Argumente derjenigen Meinungen als stichhaltig, die Bindungen des Handelsvertreters von vorneherein aus dem Geltungsbereich des GWB, insbesondere seines § 18, herausnehmen möchten.

2. Titel: Subsumtion unter die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 18 GWB

Obwohl die bisherigen Untersuchungen im Ergebnis zu dem Schluß geführt haben, daß § 18 GWB auch auf Handelsvertreterverhältnisse grundsätzlich anzuwenden ist, folgt daraus allerdings nicht zugleich auch, daß der Kartellbehörde generell die dort vorgesehene Eingriffsbefugnis eingeräumt ist. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Unternehmer und seinem Handelsvertreter ist vielmehr in jedem Falle einer Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale dieser Bestimmung zu unterziehen.

§ 1 Verträge zwischen Unternehmen

Als erste Voraussetzung fordert § 18 GWB Verträge zwischen Unternehmen.

Während der Unternehmereigenschaft des Geschäftsherrn keine Überlegungen gewidmet zu werden brauchen, sollte auch die Stel-

---

1) vgl. dazu Seyffert, S.51;
2) vom 6.8.1953 (BGBl. 1953/I, S.771);
3) vgl. z.B. Rodig in BB 1952/893 (895);

lung des Handelsvertreters als eines Unternehmers - insbesondere im Hinblick auf die Fassung des § 84 Absatz I Satz 1 HGB - nicht angezweifelt werden können.
Trotzdem hat sich aber Rittner [1] erst nach sorgfältigen Überlegungen dazu entschlossen, den Handelsvertreter als Unternehmer im Sinne des § 18 GWB anzuerkennen. Für Benisch [2] bleibt zweifelhaft, ob eine Agentur noch als Unternehmen angesprochen werden kann. Jedenfalls treffe das dann nicht zu, wenn der Agent ausschließlich einen Geschäftsherrn vertrete. Müller-Gries [3] schließlich scheinen dem Handelsvertreter die Eigenschaft eines Unternehmers im Sinne des GWB schlechthin abzusprechen. Sie gehen davon aus, daß die Kartellbehörde nach § 18 GWB nur Verträge zwischen Unternehmen für unwirksam erklären könne und stellen im Anschluß daran fest, daß "hiernach" Verträge mit den sogenannten Hilfsgewerbetreibenden (Vertretern) nicht darunter fielen. Sie räumen dann zwar ein, daß diese die Kaufmanns- und Unternehmereigenschaft besäßen, machen aber geltend, daß sie auf dem Markt anderen Unternehmen nicht als Lieferant oder Abnehmer gegenüberständen, sondern als Interessewahrer ihrer Geschäftsherrn.

Auszugehen ist somit von der Frage, ob es einen einheitlichen Unternehmensbegriff gibt, der auch im Rahmen des § 18 GWB Geltung besitzt, oder ob für diese Bestimmung eine spezielle Definition gilt.

I. Begriff des Unternehmens

Als Unternehmen kann man eine organisierte Einheit bezeichnen, in der Träger und Leiter des Unternehmens in der Regel gemeinsam mit einer Vielzahl abhängiger Kräfte tätig sind, um unter Einsatz von immateriellen und materiellen Mitteln bestimmten Wirtschaftszwecken, vornehmlich der Produktion, dem Handel, dem Verkehr, dem Kreditgeschäft oder der Versicherung zu dienen.[4] Allerdings hat der Begriff in den verschiedenen wirtschaftsver-

---

1) in Betr. 1957/1091 (1092 und insbes. 1094);
2) in WuW 1953/219 (226);
3) § 18 Anm.2;
4) so Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S.471; Müller-Henneberg, § 1 Anm.2;

waltungs- und steuerrechtlichen Gesetzen, die ihn verwenden, je nach deren Zweckbestimmung einen etwas anderen Inhalt.[1] Einen einheitlichen Begriff des Unternehmens gibt es in unserer Rechtsordnung nicht.[2] Welche Rechtssubjekte also im einzelnen die Eigenschaft von Unternehmen haben und in welchem Umfang sie ihnen zukommt, läßt sich jeweils nur an der funktionalen Bedeutung innerhalb der jeweiligen Norm ermitteln, die diesem Begriff zugedacht ist.[3] Deshalb ist es durchaus denkbar, daß selbst im Bereiche eines und desselben Gesetzes mehrere Bestimmungen den Unternehmensbegriff unterschiedlich verwenden.[4]

II. Unternehmen im Sinne des GWB

Der Unternehmensbegriff des GWB ist eigenständig und nicht etwa nach den Grundsätzen des Gewerbe- oder Steuerrechts zu entwikkeln.[5] Er hat sich an dem Zweck des Gesetzes zu orientieren.[6]

Der Zweck des GWB liegt darin, die Rechtsordnung entsprechend der mit parlamentarischer Mehrheit getroffenen Grundentscheidung für die Marktwirtschaft so zu gestalten, daß der Wettbewerb wo immer er möglich erscheint, erhalten und ermutigt wird.[7] Danach sollen diejenigen Tätigkeitsbereiche eines jeden Rechtssubjekts von wettbewerbsbeschränkendem Verhalten tunlichst freigehalten werden, welche der Bedarfsdeckung der Bevölkerung in unmittelbarer oder auch in mittelbarer Weise dienen, und zwar in Gestalt aller drei möglicher Formen, der Gütererzeugung des Güterabsatzes und der Dienstleistungen.[8]

Nach v.Godin [9] meint das GWB deshalb mit dem Begriff "Unternehmen" den Oberbegriff alles dessen, was nach den einzelnen gesetzlichen Spezialvorschriften in seinen jeweiligen Erscheinung

---

1) Müller-Henneberg, § 1 Anm.2;
2) BKA in WRP 1959/194; Frankfurter Kommentar, § 1 Anm.3;
3) BKA, a.a.O.; Frankfurter Kommentar, a.a.O.; Rittner in Betr. 1957/1091 (1092);
4) Langen, § 1 Anm.II,1a; Müller-Henneberg, a.a.O.;
5) BKA, a.a.O.; BGH in NJW 1960/145 (146);
6) Begr. zu § 1, Ziffer 3c, abgedr. bei Müller-Henneberg, S.1075; BGH, a.a.O.; Langen, a.a.O; Müller-Henneberg, § 18 Anm.2;
7) Müller-Henneberg, Einführung, S.61;
8) Schwartz in Müller-Henneberg, § 18 Anm.2;
9) in BB 1958/64;

formen als Unternehmen angesehen werde, z.B. nach den Vorschriften der Gewerbeordnung, des Steuer-, des Arbeits- und Sozialrechts, des Handelsrechts u.s.w. Ob diese Ansicht richtig ist, mag hier dahinstehen. Auf jeden Fall aber ist Unternehmer im Sinne des GWB jeder, der als Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr auf den Markt tritt, also jedes Rechtssubjekt, das sich wirtschaftend am Marktprozeß beteiligt.[1)]

Der Handelsvertreter ist danach Unternehmer. Er wird auf der Grundlage einer rechtlich-organisatorischen Zusammenfassung von Rechten, Sachen und tatsächlichen Beziehungen selbständig und planmäßig zur Befriedigung fremden Bedarfs tätig.[2)]

III. Bedeutung der Interessenwahrerfunktion

Dieser Sachverhalt erfährt auch nicht etwa deshalb eine andere Beurteilung, weil der Handelsvertreter als Interessenwahrer "Hilfsgewerbetreibender" des Geschäftsherrn ist. Diese Funktion erlangt er erst durch den Handelsvertretervertrag mit seinem wettbewerbsbeschränkenden Inhalt. Deshalb betont auch Rittner,[3)] daß der Handelsvertreter durch diesen Vertrag mit dem Unternehmer einen Teil - und zwar den hier interessierenden Teil - seiner unternehmerischen Selbständigkeit verliere. Bis zu diesem Zeitpunkt aber ist der Handelsvertreter in seiner Selbständigkeit nicht beschränkt. Er tritt dem Unternehmen, für das er tätig werden will, auf dem Markt der gewerblichen Leistungen der Handelsvertreter als unabhängiger Marktpartner[4)] gegenüber, denn er bietet dort seine gewerblichen Leistungen wie jeder andere Unternehmer gegen Entgelt an. Der Handelsvertreter ist also auf jeden Fall Unternehmer im Sinne des GWB.[5) 6)]

---

1) Biedenkopf, S.233;
2) vgl. zu diesen Merkmalen BKA in WRP 1959/194;
3) AB, S.141;
4) vgl. zu diesem Merkmal Rasch, § 18 Anm.4;
5) vor allem Rasch in WuW 1958/208 (211); ferner Langen § 1 Anm.II,1b; Rittner, AB, S.150; ders. in Betr. 1957/1091 (1094);
6) Rasch, § 18 Anm.7b; Roidl in DAR 1959/286; Schwartz in Müller-Henneberg, § 18 Anm. 14 ziehen das nicht in Zweifel;

Im Einzelfall kann allerdings die Abgrenzung Schwierigkeiten bereiten, ob es sich - zumal bei dem Einfirmenvertreter - tatsächlich um einen selbständigen Gewerbetreibenden, also einen Handelsvertreter im Sinne des § 84 Absatz I Satz 1 HGB oder aber um einen Arbeitnehmer handelt. Diese Frage ist jedoch kein spezielles Problem im Rahmen des GWB. Hier führen die bisherige Rechtsprechung und Literatur zum Begriff der "Selbständigkeit" des Handelsvertreters weiter.[1)]

§ 2 Verträge über gewerbliche Leistungen

§ 18 GWB betrifft Verträge über Waren oder gewerbliche Leistungen.
Gegenstand des Handelsvertretervertrages ist die Verpflichtung des Handelsvertreters, für den Unternehmer ständig Geschäfte zu vermitteln oder abzuschließen und die Interessen auf dem Markt für den Unternehmer wahrzunehmen. Da § 84 Absatz I Satz 1 HGB überdies von dem Handelsvertreter als einem selbständigen Gewerbetreibenden spricht, sollten keine Bedenken bestehen, diese Tätigkeiten als gewerbliche Leistungen des Handelsvertreters zu bezeichnen.
Das wird allerdings von Müller-Gries [2)] bestritten. Sie meinen, Gegenstand des Handelsvertretervertrages seien nicht "Waren oder gewerbliche Leistungen", sondern Verpflichtungen, nach denen der Vertreter als weisungsgebundener (§ 665 BGB) Interessewahrer (§ 86 HGB) für den Unternehmer tätig werde. Diesen Einwand präzisiert Rittner.[3)] Er räumt zwar ein, daß die Leistungen, welche die interessewahrenden Unternehmer erbrächten, nach dem allgemeinen Sprachgebrauch gewerbliche Leistungen seien. Dann jedoch stellt er die Behauptung auf, daß vieles dafür spräche, daß der Gesetzgeber Leistungen dieser Art mit seinem Begriff gar nicht gemeint habe. Ihm hätten nur Bezugs- und Lieferverhältnisse vor Augen gestanden, bei denen es an der Interessenwahrerfunktion eines Beteiligten fehle, sich die Parteien also in einer reinen Austauschbeziehung gegenüberständen.[4)]

1) vgl. z.B. OLG München in BB 1957/560; Würdinger in RGRK.z.HGB, § 84 Anm.9;
2) § 18 Anm.2;
3) in Betr. 1957/1091 (1095);
4) so auch Rasch in WuW 1958/208 (212);

Zunächst ist nicht einzusehen, weshalb die Tatsache, daß der Handelsvertreter bei seinen Bemühungen um die Vermittlung oder den Abschluß von Geschäften das Interesse des Unternehmers wahrzunehmen hat,[1] etwas an dem Charakter dieser Tätigkeiten als einer gewerblichen Leistung ändern soll. Dem zweiten Einwand ist entgegenzuhalten, daß der Vertretervertrag als gegenseitiger Vertrag sehr wohl auf Leistungsaustausch gerichtet ist.[2] Die Leistung, zu welcher der Handelsvertreter vertraglich verpflichtet wird, besteht in dem auf Vermittlung oder Abschluß von Umsatzgeschäften gerichteten Bemühen, welches unter Anwendung kaufmännischer Sorgfalt zu vollziehen ist. Soweit die Bemühungen des Handelsvertreters zu Geschäftsabschlüssen führen, erhält er dafür die Ggenleistung, nämlich die vereinbarte Provision als Erfolgsvergütung.[3]
Bei Abschluß des Handelsvertretervertrages sollen keinesfalls die Interessen des Unternehmers gewahrt werden; darüber gibt sich dieser auch keinen Illusionen hin. Vielmehr tritt der Interessenkampf beider Partner deutlich hervor, wenn es um die Festlegung der gegenseitigen Verpflichtungen geht. Das Interesse des Unternehmers hat der Handelsvertreter erst zu wahren, wenn er sich für ihn auf Grund des zunächst abgeschlossenen Handelsvertretervertrages um Vermittlungen oder Abschlüsse von Geschäften bemüht. Dabei werden allerdings keine Waren oder gewerblichen Leistungen zwischen dem Unternehmer und seinem Handelsvertreter ausgetauscht.

Diese notwendige Trennung zwischen beispielsweise der Begründung eines Warenverkaufsagenturverhältnisses und den Geschäften, die der Handelsvertreter später im Rahmen dieses Verhältnisses tätigt, hat auch Rittner in anderem Zusammenhang [4] durchaus gesehen und betont.

Es läßt sich nach allem nicht bezweifeln, daß es sich bei den Leistungen, zu denen sich der Handelsvertreter durch den Handelsvertretervertrag verpflichtet, um gewerbliche Leistungen im Sinne des § 18 GWB handelt.

---

1) vgl. § 86 Absatz I HGB;
2) Würdinger in RGRK.z.HGB, § 84 Anm.15b;
3) Würdinger, a.a.O.;
4) in Betr. 1957/1091 (1095);

§ 3 Beschränkung eines Vertragsbeteiligten in Bezug oder Abgabe von anderen Waren oder gewerblichen Leistungen

Nicht ganz unproblematisch ist jedoch die Frage, ob durch die Ausschließlichkeitsbindung im Handelsvertretervertrag ein Vertragsbeteiligter darin beschränkt wird, "andere Waren oder gewerbliche Leistungen von Dritten zu beziehen oder an Dritte abzugeben".[1]

I. Waren

Schwartz [2] meint, daß es nicht zur Vertretertätigkeit gehöre, im Sinne der Definition der Ausschließlichkeitsbindung in § 18 Absatz I Ziffer 2 GWB "Waren zu beziehen", da der Handelsvertreter nicht Waren Dritter kaufe, sondern im Namen des Vertretenen verkaufe, und beruft sich dabei auf Rittner.[3]

Gegen diese Stellungnahme ist zunächst einzuwenden, daß sie den Tatbestand des § 18 Absatz I Ziffer 2 GWB nicht ausschöpft. Zwar ist es richtig, daß der Handelsvertreter keine Waren bezieht oder abgibt. Gegenstand der Ausschließlichkeitsbindung sind jedoch nicht Vorschriften, wie der Handelsvertreter mit den Artikeln des Unternehmers zu verfahren habe, sondern die Verfügungsbefugnis des Handelsvertreters über seine gewerblichen Leistungen. Diese soll er keinem anderen Unternehmer anbieten dürfen.

Aber auch der Hinweis auf Rittner geht fehl, denn Rittner befaßt sich auch mit dem Bezug und der Abgabe von gewerblichen Leistungen.

II. Gewerbliche Leistungen

Rittner allerdings bestreitet an einer Stelle,[4] daß der Handelsvertreter Leistungen beziehe und sie an Dritte abgebe; vielmehr erbringe er dem vertretenen Unternehmen Leistungen. Dabei übersieht er jedoch, daß dem Handelsvertreter durch die Ausschließlichkeitsbindung gerade untersagt werden soll, auch

---

1) § 18 Absatz I Ziffer 2 GWB;
2) in Müller-Henneberg, § 18 Anm.14;
3) AB, S.150 und in Betr. 1957/1091 (1095) und S.1118 ff.;
4) AB, S.150;

für andere Unternehmer tätig zu werden, also diesen gewerbliche Leistung gegen Entgelt (Provision) zur Verfügung zu stellen. Die Ausschließlichkeitsbindung verbietet gerade die Abgabe von gewerblichen Leistungen an andere Unternehmer.

In einer späteren Untersuchung [1] hat Rittner diese Stellungnahme auch aufgegeben. Auch er zieht nunmehr in Betracht, daß das Vertragsverhältnis bei einer ganz wortgetreuen Auslegung des § 18 Absatz I Ziffer 2 GWB möglicherweise insoweit einer Mißbrauchskontrolle unterliegen könne, als der Handelsvertreter darin beschränkt werde, "andere gewerbliche Leistungen an Dritte abzugeben", also "konkret gesprochen, mit anderen Firmen Vertreterverträge abzuschließen".

III. Widersprüchliche Behandlung von Propergeschäften ?

Schließlich bezieht Rittner [2] auch Propergeschäfte des Handelsvertreters in seine Betrachtungen ein, um aus einer vergleichenden Untersuchung einen anderen Einwand herzuleiten.

Die Anwendung des § 18 GWB auf Handelsvertreterverträge müsse gerade wegen des Wortlauts der Ziffer 2 zu ganz unsinnigen Ergebnissen führen. Danach würde das Vertragsverhältnis möglicherweise insoweit einer Mißbrauchskontrolle unterliegen, als der Handelsvertreter darin beschränkt werde, mit anderen Firmen Vertreterverträge abzuschließen. Hingegen wäre für die Anwendung des § 18 GWB kein Raum, soweit es dem Vertreter untersagt sei, Propergeschäfte wie ein gewöhnlicher Umsatzhändler durchzuführen. Der Ausdruck "andere Waren" beziehe sich ganz offenbar auf "gelieferte Waren", wie Ziffer 1 deutlich zeige, und bedeute: andere Waren als diejenigen, die der Vertragspartner geliefert habe (oder möglicherweise noch liefern solle). Der Vertragspartner des Handelsvertreters liefere diesem aber keine Waren, sondern lasse lediglich durch dessen Vermittlung seine Waren absetzen. Die Bestimmung ließe sich also bezüglich des Verbots von Propergeschäften nur dann auf Handelsvertreterverträge anwenden, wenn man das Wörtchen "andere" nicht lesen würde.

---

1) in Betr. 1957/1091 (1095);
2) a.a.O.;

Bevor sachlich auf diesen Einwand eingegangen wird, muß Rittner sich zunächst entgegenhalten lassen, daß er an anderer Stelle[1] den genau entgegengesetzten Standpunkt vertreten hat. Dort hat er die Behandlung von Ausschließlichkeitsbindungen in Handelsvertreterverhältnissen im Hinblick auf § 13 des Entwurfs (§ 18 GWB) untersucht und war zu dem Schluß gekommen, daß diese Bestimmung überhaupt nur auf Propergeschäfte anwendbar sei.

Im übrigen ist dieses Argument auch nicht stichhaltig, wie eine sinngemäße Auslegung des Gesetzes ergibt.
Der Ausdruck "gelieferte" ist in Ziffer 1 nicht technisch als Umschreibung von "übereignete" oder "übergebene" Waren zu verstehen. Die Bezeichnungen "gelieferte" und "andere" sollen lediglich klarstellen, daß sowohl Bindungen hinsichtlich derjenigen Waren der Mißbrauchsaufsicht unterstehen, die Gegenstand einer Vereinbarung der Vertragsbeteiligten sind, als auch derjenigen Waren, die nicht Objekt eines Austauschgeschäftes zwischen ihnen sind.
Bei Propergeschäften kommen im Rahmen des § 18 Absatz I Ziffer 2 GWB nur die Waren des dritten Unternehmers in Betracht, von deren Absatz der Handelsvertreter ausgeschlossen werden soll. Das Merkmal "andere" umfaßt dabei alle die Waren und Warenarten, die nicht Gegenstand des Vertrages zwischen dem bindenden Unternehmer und dem Handelsvertreter sind. Nach dem Willen des Unternehmers soll dem Handelsvertreter verboten sein, bei ihrem Absatz mitzuwirken. Damit lassen sich aber auch Propergeschäfte des Handelsvertreters zwanglos unter § 18 Absatz I Ziffer 2 GWB subsumieren. Nach dieser Bestimmung kommt es nur darauf an, daß der Vertragspartner verspricht, mit Dritten nicht über den gleichen Vertragsgegenstand zu kontrahieren.[2]

§ 4 Unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit dieses Vertragsbeteiligten

Die Beantwortung der Frage, wann die konkrete Bindung in dem einzelnen Handelsvertretervertrag eine unbillige Einschränkung

---

1) AB, S.150;
2) vgl. Biedenkopf, S.232;

der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Handelsvertreters darstellt, setzt Klarheit über die Bedeutung des Begriffs "wirtschaftliche Bewegungsfreiheit" voraus und darüber, wann ihre Einschränkung als "unbillig" anzusehen ist.

I. Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit als Schutzobjekt

1. Schutz der allgemeinen wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit

Die Fassung des § 18 Absatz I GWB könnte darauf hindeuten, daß der Schutz der allgemeinen wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit erstrebt wird. Schutzobjekt wären in diesem Fall die wirtschaftliche Selbständigkeit und/oder die allgemeine wirtschaftliche Entwicklungsfreiheit. Die mit der Schaffung des GWB anerkannte Wettbewerbsordnung bezweckt jedoch weder den Schutz der wirtschaftlichen Selbständigkeit noch den Schutz der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklungsfreiheit.

Ein allgemeiner Schutz der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit würde im Widerstreit mit dem Wettbewerbsgedanken stehen, der die Sicherung von Einzelexistenzen als Gebot der Billigkeit nicht kennt, sondern bewußt die Möglichkeit ihrer Vernichtung im Leistungskampf einschließt.[1] Da die ganze Konzeption des Gesetzes eine in höchster persönlicher Regsamkeit selbst geschaffene und zu erhaltende, wagnishafte Unternehmerposition ihrerseits voraussetzt, würde die Gleichrangigkeit eines Schutzes von Vermögensinteressen der einzelnen Unternehmen mit der Gewährleistung der Wettbewerbsordnung als solcher kaum vollziehbar sein.[2] Dem steht auch nicht entgegen, daß das Recht zur freien wirtschaftlichen Entfaltung zu den Grundrechten gehört: Geschützt wird das ungehinderte Erbringen wirtschaftlicher Leistung; die entsprechende Garantie wird durch Aufrechterhaltung des Wettbewerbs vollzogen.[3]

---

1) Langen, § 18 Anm.V,1,c; Rittner, AB, S.83;
2) Strickrodt in WuW 1957/75 (81);
3) vgl. dazu Günther in BB 1957/721 (722);

2. Schutz der Wettbewerbschancen

Nach diesen Erwägungen findet das GWB nur Anwendung, soweit eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit eines Vertragsbeteiligten auf dem Spiele steht. "Wirtschaftliche Bewegungsfreiheit" des Vertragsbeteiligten im Sinne des § 18 GWB ist danach gleichzusetzen mit der Betätigungsmöglichkeit in einem Wirtschaftszweig, praktisch also der Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr, am Wettbewerb.[1)]
Dieselbe Erklärung ergibt sich aber auch aus dem Zweck des Gesetzes. Das Gesetz bezweckt Schutz und Förderung des Leistungswettbewerbs durch Offenhaltung der Märkte.[2)] Auf den Gebundenen bezogen bedeutet dies, daß seine Dispositionsfreiheit über sein eigenes Verhalten im Wettbewerb tunlichst geschützt werden soll.[3)] Nur dieser Gesichtspunkt der Beeinträchtigung des Wettbewerbs - und entsprechend des Schutzes der Wettbewerbschancen des einzelnen Unternehmers - kann eine Einschränkung von Ausschließlichkeitsbindungen im Wege der Mißbrauchsaufsicht rechtfertigen.[4)] Es kommt also nur darauf an, daß es dem Gebundenen unmöglich gemacht oder erschwert wird, wirtschaftliche Chancen im freien Wettbewerb auf dem Markt wahrzunehmen.[5)] Anknüpfungspunkt ist allein die Betätigungsfreiheit des betroffenen Unternehmens auf dem Markt.[6)]

Diese Betätigungsfreiheit auf dem Markt wird für den Handelsvertreter durch die Ausschließlichkeitsbindung tatsächlich eingeschränkt. Er wird durch die Klausel in einer Weise an den Unternehmer gebunden, die ihm untersagt, auf dem Markt der gewerblichen Leistungen der Handelsvertreter überhaupt noch für einen anderen Unternehmer tätig zu werden.

---

1) Rittner in Betr. 1957/1118 (1121);
2) vgl. auch Brugger in WuW 1959/467 (469); Günther in BB 1957/721;
3) vgl. auch Günther, a.a.O.; Zipfel in BB 1958/1004 (1006); ähnlich Mestmäcker in JZ 1954/621 (623/4);
4) Ewald in BB 1957/792;
5) vgl. etwa BKA in Betr. 1959/1080; Gleiss-Lutz in AG 1958/128 (130);
6) Zipfel, a.a.O.;

II. Die Unbilligkeitsklausel

Schwierigkeiten allerdings bereitet die Prüfung, ob es sich bei diesen Bindungen jeweils auch um "unbillige" Einschränkungen der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit handelt oder nicht.

1. Allgemeines

Eine allgemeine Bestimmung, wie das Gesetz die unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit verstanden wissen will, hält weder das Gesetz selbst bereit, noch konnte ein solcher Begriff bisher erarbeitet werden.[1] Seine Bedeutung ist deshalb reichlich unsicher.[2] Rittner [3] bezeichnet diesen Ausdruck deshalb auch als "rätselhaft" und "fragwürdig", Schwartz [4] als "problematisch", Schmidt-Rimpler [5] als "reichlich unklar".

2. Marktsituation und Innenverhältnis

Ein Rückschluß von der allgemeinen Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt auf die Unzulässigkeit der Individualbindung ist in diesem Zusammenhang unzulässig:[6] Eine Ausschließlichkeitsklausel, die den Verpflichteten unzumutbar belastet, braucht den Wettbewerb nicht wesentlich zu beeinträchtigen; umgekehrt ist eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch eine Ausschließlichkeitsklausel denkbar, die dem Verpflichteten überwiegend Vorteile bringt. Hier sind die beiden Merkmale also voneinander unabhängig.

Soweit die Einschränkung des Handelsvertreters als eines Vertragsbeteiligten in Frage steht, müssen die Merkmale der Unbilligkeit im Sinne des § 18 Absatz I GWB also aus dem Innenverhältnis zwischen ihm und dem bindenden Unternehmer erarbeitet werden.

---

1) vgl. etwa Gleiss-Lutz in AG 1958/128 (130);
2) Rittner in Betr. 1957/1118 (1120);
3) a.a.O., S.1121;
4) in Müller-Henneberg, § 18 Anm.24;
5) Gutachten, S.47;
6) vgl. etwa Gleiss-Lutz, a.a.O.;

3. Bedeutung des Absatz II

Die Auslegungsregel des Absatz II, nach dem als "unbillig" im Sinne des Absatz I auch eine solche Einschränkung anzusehen ist, der keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, gibt keinen brauchbaren allgemeinen Anhaltspunkt.
Langen [1] begnügt sich mit der Bemerkung, daß dieser Absatz vom Ausschuß eingefügt worden sei, ohne eine besondere Erläuterung zu finden. Er sollte eigentlich selbstverständlich sein.
Schwartz [2] hebt hingegen mit Recht hervor, daß es zweifelhaft sei, ob das Vorliegen einer angemessenen Gegenleistung an den Gebundenen für die Unbilligkeitsprüfung einen geeigneten Maßstab abgebe oder auf eine für die Wettbewerbsordnung sachfremde Ebene führe. In jedem Fall sei die Fassung unglücklich, weil sie aus dem Fehlen einer Gegenleistung stets eine Unbilligkeit herleiten wolle.
In der Tat bleiben dabei die Fälle unberücksichtigt, in denen bei Ausschließlichkeitsbindungen unmittelbare Gegenleistungen an den Gebundenen nicht gegeben werden. Das gilt insbesondere auch für den Handelsvertreter, wenn man nicht die Einrichtung einer Bezirksvertretung und damit die Abschirmung des gebundenen Handelsvertreters vor Dritten Mitbewerbern als Gegenleistung ansehen will.[3] Die Auslegungsregel des § 18 Absatz II GWB kann deshalb allenfalls dort gelten, wo Gegenleistungen nach der Art des Vertrages in Betracht kommen.

4. Verhältnis zu § 138 BGB

Von besonderer Bedeutung wird damit eine Abgrenzung zum Anwendungsbereich des § 138 BGB, der ja auch insoweit Schutzcharakter trägt, als er Knebelungsverträge und gewisse Bindungen auf Grund Monopolmißbrauchs mit der Sanktion der Nichtigkeit belegt und damit den einen Partner in gewissem Umfange vor Bindungen schützt. Langen [4] stellt deshalb auch fest, daß das Merkmal "unbillig" verwandte Beziehungen zu den Knebelungsverträgen des § 138 BGB aufweise.

---

1) § 18 Anm.V,1,c;
2) in Müller-Henneberg, § 18 Anm.24;
3) so z.B. Markenverband in MA 1957/425 (442); vgl. dazu auch Schwartz, a.a.O.;
4) § 18 Anm.V,1,b;

Mit dieser Ähnlichkeit sind etwaige verwandtschaftliche Beziehungen zu dieser Bestimmung allerdings auch bereits erschöpft. Die Vorschrift des § 18 GWB will über die privatrechtliche Beurteilung von Verträgen nichts sagen,[1] denn die Kartellbehörde hat die Tatbestände nicht unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) zu prüfen.[2] Sache des Bundeskartellamts ist vielmehr nur die Beurteilung des Vertrages im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Prüfung nach § 18 GWB.[3]

Das scheint allerdings Rittner [4] in Frage zu stellen, indem er in einem hier nicht interessierenden Zusammenhang eine Auslegung für durchaus vertretbar hält, nach der die Kartellbehörde - wie sonst nur das Zivilgericht inzidenter nach § 138 BGB - gegen Vertragsklauseln soll einschreiten können, welche "die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit einer Person wesentlich oder übermäßig beschränken, die eine Partei der Willkür einer anderen ausliefern, die wirtschaftliche Existenz einer Partei zerstören oder zerstören sollen". Das aber sind gerade die Merkmale, die einen Knebelungsvertrag ausmachen.[5] Damit erscheint diese Stellungnahme recht bedenklich.

Beizupflichten ist Rittner hingegen an einer anderen Stelle,[6] an der er ausspricht, daß das Kriterium der Unbilligkeit der Einschränkung offenbar weniger sei als die guten Sitten, da sonst die Vorschrift kaum sehr sinnvoll wäre.

Unbillig ist in der Tat nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auch des bürgerlichen Gesetzbuchs [7] etwas anderes als unsittlich; es stellt schlechthin auf die Gerechtigkeit ab in dem Sinne einer für den Einzelfall gerechten Lösung.[8] Deshalb stellt auch Langen [9] fest, daß Fälle denkbar seien, in denen der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gar nicht angebracht sei, obwohl die Bindung als übermäßig angesehen werden müsse.[10]

---

1) Hefermehl in Soergel-Siebert, § 138 Anm.53;
2) Schwartz in Müller-Henneberg, § 18 Anm.25;
3) BKA in Betr. 1959/1080;
4) in Betr. 1957/1118 (1121);
5) vgl. Staudinger-Coing, § 138 Anm.18w;
6) AB, S.81;
7) vgl. § 319 Absatz I Satz 1 BGB;
8) vgl. BKA, a.a.O., S.1081; Rittner, AB, S.81;
9) § 18 Anm.V,1,b;
10) vgl. auch Zipfel in BB 1958/1004 (1006);

Mit dem Maßstab der guten Sitten des § 138 BGB kann das Problem somit nicht gelöst werden. Der Widerstreit zwischen der Vertragsfreiheit und der Bewegungsfreiheit stellt ein Rechtsproblem dar, dem man durch die Berufung auf die guten Sitten nur ausweicht.[1] Es handelt sich vielmehr ganz allgemein um ein Problem der Freiheitsbeschränkung; maßgeblich für die auf Grund des § 18 GWB zu treffende Entscheidung ist deshalb der Umstand, daß allgemeine wirtschaftspolitische Erwägungen den Gesetzgeber veranlaßt haben, die von ihm grundsätzlich anerkannte Vertragsfreiheit einzuschränken.[2]

Damit ergibt sich, daß der Maßstab für die Beurteilung einer unbilligen Beschränkung nicht im Sittengesetz zu suchen ist, sondern in der Wettbewerbsordnung.[3]

5. Die Wettbewerbsordnung als Beurteilungsmaßstab

Die Untersuchung der Frage, ob die Einschränkung für den Handelsvertreter unter Berücksichtigung aller Umstände unbillig ist oder nicht, kann sich gemäß der Auslegungsregel des Absatz II an der Angemessenheit oder Unangemessenheit der Gegenleistung ausrichten. Sie kann sich auch danach beurteilen, ob die tatsächliche Bindung und der von dem Bindenden verfolgte Zweck in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen, ob also möglicherweise wirtschaftlich und rechtlich anzuerkenende Bedürfnisse des Unternehmers bestehen,[4] die die Einschränkung gerechtfertigt erscheinen lassen können.

a) Angemessenheit der Gegenleistung

Eine unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Handelsvertreters kann dann angenommen werden, wenn er kein hinreichendes Einkommen mehr erzielt. Das unzureichende Einkommen muß in diesem Fall allerdings die adäquate Folge der Bindung durch die Ausschließlichkeitsklausel sein,

---

1) vgl. Langen, § 18 Anm.V,1,b; Rittner, AB, S.80;
2) vgl. BKA in Betr. 1959/1080;
3) vgl. Schmidt-Rimpler, Gutachten, S.48; Schwartz in Müller-Henneberg, § 18 Anm.25; Zipfel in BB 1958/1004 (1006);
4) vgl. etwa Begr.B,I,2, abgedr. bei Müller-Henneberg, S.1066;

etwa in der Weise, daß der gebundene Handelsvertreter nur wenig Geschäfte für den Unternehmer abschließen kann, die Übernahme anderer Vertretungen ihm aber verwehrt ist.[1] An diesen Fall würde bereits in der Begründung zum Entwurf II des Handelsgesetzbuches[2] gedacht, wo ausgeführt wurde, daß der Agent in der Vertretung eines einzigen Hauses nur selten eine ausreichende Beschäftigung finde und deshalb von vorneherein auf die Übernahme weiterer Agenturen oder auf einen sonstigen Handelsbetrieb angewiesen sei.

b) Einschränkung durch wirtschaftlich berechtigte Gründe ?

Zweifelhaft ist hingegen die allgemeine Feststellung von Gleiss-Lutz,[3] Ausschließlichkeitsklauseln seien unbillig, wenn sie die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Verpflichteten mehr beschränkten, als zur Erreichung des mit ihrverfolgten Zweckes nötig sei, mit anderen Worten: wenn die Einschränkung über das für den Berechtigten erforderliche Maß hinausgehe.[4] Gleiss-Lutz weisen auch im Anschluß an diese Feststellung selbst darauf hin, daß auch die für den Berechtigten sinnvolle Wettbewerbsbeschränkung durch eine Ausschließlichkeitsklausel eine unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit bewirken könne.
Das Problem mündet vielmehr in die konkrete Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Beschränkung dann vielleicht nicht unbillig ist, wenn der Bindende etwa wirtschaftlich berechtigte Gründe geltend machen kann.[5] Hier könnten allerdings die Gesichtspunkte der Absatzsicherung[6] und des Investitionsschutzes eine Rolle spielen.

aa) Absatzsicherung

Rasch[7] versucht das Merkmal der Unbilligkeit speziell bei den

---

1) vgl. dazu etwa Gleiss-Lutz in AG 1958/128 (130);
2) Materialien, 1897, S.33/34;
3) a.a.O.;
4) vgl. auch Schwartz in Müller-Henneberg, § 18 Anm.25;
5) vgl. etwa Begr.B,I,2, abgedr. bei Müller-Henneberg, S.1066;
6) Begr. zu § 13 E (Ziffer 3), abgedr. bei Müller-Henneberg, S.1088;
7) § 18 Anm.7b;

Tankstellenverträgen zunächst mit dem Hinweis auf "die gesamte wirtschaftspolitische Behandlung des Treib- und Schmierstoffmarktes durch Gesetzgebung und Verwaltung" zu verneinen, ohne jedoch diesen Hinweis näher zu erläutern. Als nächstes Stichwort jedoch nennt Rasch [1] das berechtigte Interesse der Treibstoffgesellschaften an der Aufrechterhaltung der Garantiefunktion ihrer "Marke". Rasch meint damit offenbar vor allem das Interesse der Gesellschaften daran, daß ihre Kunden auch wirklich ihre unverfälschten und sachgemäß behandelten Erzeugnisse erhalten. Ähnlich sprechen hier Müller-Gries [2] davon, daß entscheidend sei, ob dem Interesse des gebundenen Unternehmers ein überragendes absatzwirtschaftliches Interesse des bindenden Herstellers oder Händlers gegenüberstehe.

Mit einem entsprechenden Einwand [3] hat sich bereits einmal das OLG Frankfurt [4] auseinandergesetzt.[5] In der Tat ist nicht einzusehen, wieso gerade bei den Erzeugnissen der Treibstoffgesellschaften die Garantiefunktion der Marke gefährdet sein könnte, wenn der in den Absatz eingeschaltete Handelsvertreter auch Konkurrenzprodukte vertreibt. Die Reinheit der Treibstoffe ist durch die unbedenkliche [6] Verpflichtung des Tankstellenhalters gewährleistet, aus den gesellschaftseigenen und das Firmenzeichen tragenden Zapfsäulen nur Erzeugnisse der Gesellschaft auszugeben; die Reinheit der Schmierstoffe dadurch, daß diese in Dosen oder anderen verschlossenen Behältern abgepackt sind, bzw. durch eine entsprechende Verpflichtung des Handelsvertreters hinsichtlich der Auslitervorrichtungen. Eine sachgemäße Behandlung ist hingegen von jedem Tankstellenhalter zu erwarten. Da es im übrigen im Belieben der Gesellschaft steht, die Umsatzbeteiligten, mit denen sie als Handelsvertretern zusammenarbeiten möchte, auszuwählen, steht es ihr auch frei, nur solche Handelsvertreter zu verpflichten, die die erforderliche Sachkunde und Eignung besitzen.

---

1) § 18 Anm.7b;
2) § 18 Anm.13;
3) vgl. z.B. OLG Düsseldorf in WuW/E OLG 193 ff.;
4) in WuW/E OLG 101 ff.;
5) vgl. oben, S. 24 bis 26;
6) vgl. dazu schon Ewald in AW 1950/524 (525); ders. in BB 1951/45;

Soweit Müller-Gries [1] unter "absatzwirtschaftlichem Interesse" darüberhinaus eine Sicherung des Absatzes etwa im Sinne einer allgemeinen Umsatzsteigerung verstanden wissen wollen, ist daraufhinzuweisen, daß dieses Interesse als reines Vermögensinteresse nicht geeignet ist, ein Opfer des Handelsvertreters an wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit zu rechtfertigen. Umsatzsteigerungen des Unternehmers als der einen Vertragspartei machen für sich allein eine Wettbewerbsbeschränkung des Handelsvertreters als der anderen Vertragspartei nicht weniger unbillig, wenn sie nicht gleichzeitig eine Einkommenssteigerung des Handelsvertreters zur Folge haben.

bb) Investitionsschutz

Die Tatsache schließlich, daß der Bau der Tankstellen und die Werbung für den Absatz von Treib- und Schmierstoffen in weitestem Umfang von den Treibstoffgesellschaften finanziert worden sind,[2] wird ebenfalls verschiedentlich zum Nachweis dafür ins Feld geführt, daß die Beschränkung des Handelsvertreters nicht unbillig sei.[3]

Im Hinblick auf die üblichen Bierbezugsverträge [4] hat das OLG Hamburg [5] z.B. eingeräumt, daß sie die wirtschaftliche Freiheit und Selbständigkeit des Gastwirts nicht unerheblich beschränken, aber grundsätzlich die Vereinbarung einer Ausschließlichkeitsbindung zumindest für die Zeit nicht für unzulässig gehalten, in der dem Gastwirt das Brauereidarlehn zur Verfügung stehe. Es erscheine für eine Brauerei unzumutbar, hinnehmen zu müssen, daß in einer Gastwirtschaft, die mit einem von der Brauerei gewährten Darlehn betrieben werde, Biere einer anderen Brauerei ausgeschenkt würden. Man könne von einer Brau-

---

1) § 18 Anm.13;
2) entsprechendes gilt für die Einrichtung von Gaststätten im Rahmen ausschließlicher Bierbezugsverträge;
3) vgl. etwa Biergans in WuW 1954/350 (351/2); Rasch, § 18 Anm.7b; entspr. Rowedder in MDR 1958/129 und Zipfel in BB 1958/1004 (1006) für die Bierlieferungsverträge;
4) wobei allerdings bemerkt werden muß, daß dem Bindenden dort keine Handelsvertreter, sondern Eigenhändler gegenüberstehen;
5) Urt.v.3.6.1957 - 8 U 26/57, zitiert bei Zipfel, a.a.O., S.1005, Fußnote 10;

erei nicht verlangen, den Absatz ihrer Konkurrenten durch Hingabe eines Darlehns zu fördern.

Soweit hier der mögliche Nutzen für Konkurrenten des Bindenden zur Diskussion steht, handelt es sich um die Frage der Drittwirkung, also die Frage nach einer möglichen Unbilligkeit der Einschränkung dritter Unternehmen. Die Untersuchung darüber soll einstweilen noch zurückgestellt werden.
Auszugehen ist hier von dem im Verhältnis zwischen Unternehmer und Handelsvertreter interessierenden Begriff der Unbilligkeit: Unbillig ist, was nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles, der Abwägung der beiderseitigen Interessen und dem wirtschaftlichen Sinn des Vertrages unter Berücksichtigung des vom Gesetz verfolgten Zieles - Sicherung des freien Wettbewerbs - dem Verpflichteten nicht zugemutet werden kann oder als übermäßig erscheint.[1)]

Lassen sich danach die wirtschaftliche Stellung des Gebundenen (Einkommensverhältnisse auf Grund der Bindung, Länge der Bindung, Kündigungsmöglichkeiten, eigene Vorteile auf Grund der Investitionen - der Tankstellenvertreter hätte die Errichtung der Tankstelle vielleicht selbst finanzieren müssen -) und das wirtschaftlich berechtigte Interesse des bindenden Unternehmers miteinander vereinbaren, kann man von einer unbilligen Einschränkung nicht sprechen.
Allerdings darf dabei weder die grundsätzliche Mittel-Zweck-Beziehung,[2)] noch außer acht gelassen werden, daß der Gedanke des Investitionsschutzes im Hinblick auf Ausschließlichkeitsklauseln nur im Treibstoffgeschäft eine Rolle spielen, im übrigen jedoch typischerweise der Handelsvertreter seine Betriebsmittel selbst zur Verfügung stellt.

III. Anwendung dieser Grundsätze

Die praktische Anwendbarkeit des § 18 GWB auf Grund von unbilliger Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des

1) Zipfel in BB 1958/1004 (1006);
2) vgl. dazu Gleiss-Lutz in AG 1958/128 (131); Mestmäcker in JZ 1954/621 (623); Rittner, AB, S.121; Staudinger-Coing, § 138 Anm.18,ff;

Handelsvertreters wird insbesondere mit Rücksicht auf das kumulative Erfordernis der Marktfolgenprüfung gering bleiben. Die besonderen Umstände dieses Tatbestandsmerkmals werden noch zu untersuchen sein. An dieser Stelle kann aber schon allgemein festgestellt werden, daß schwerlich ein Fall denkbar ist, wo durch eine Reihe jeweils unbilliger Wettbewerbsbeschränkungen von Handelsvertretern der Wettbewerb auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen wesentlich beeinträchtigt wird.

§ 5 Unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit anderer Unternehmen

Wesentlich größere praktische Bedeutung - insbesondere im Hinblick auf das kumulative Erfordernis der Marktfolgenprüfung - hat das Tatbestandsmerkmal der unbilligen Einschränkung der Bewegungsfreiheit anderer Unternehmen.

I. Das andere Unternehmen

Zur Klarstellung sei vorangeschickt, daß zu den "anderen Unternehmen" nicht nur die übrigen Hersteller bzw. Händler gehören, die auf Grund der Ausschließlichkeitsbindung auf die Mitarbeit des Handelsvertreters verzichten müssen, sondern auch die Abnehmer.[1] Allerdings kommt eine unbillige Beschränkung der Abnehmer praktisch wohl nicht in Betracht. Insbesondere wird ein Abnehmer kaum ein schutzwürdiges Interesse daran haben, seinen gesamten Bedarf gerade durch diesen einen Handelsvertreter zu decken. Es bleibt also nur eine unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Konkurrenten des Geschäftsherrn zu untersuchen.

II. Schutzobjekt und Tatbestände

Sinn des § 18 GWB ist es, auch die Betätigungsfreiheit dieser anderen Unternehmer zu schützen. Schutzobjekt ist also auch hier wie bei dem Handelsvertreter [2] die unbehinderte Wahrnehmung wirtschaftlicher Chancen am Markt.[3]

---

1) vgl. Zipfel in BB 1958/1004 (1006);
2) vgl. oben, S. 96;
3) vgl. z.B. BKA in Betr. 1959/1080; Gleiss-Lutz in AG 1958/128 (130); Schwartz in Müller-Henneberg, § 18 Anm.24;

Jede Ausschließlichkeitsverpflichtung beeinträchtigt die Absatzchancen dritter Personen: das liegt in der Natur solcher Verträge und ist deren zwangsläufige Folge. Sehr bedenklich ist es aber, wenn Zipfel [1] allein daraus folgert, daß es daher nicht schlechthin als unbillig bezeichnet werden könne, wenn z.B. andere Brauereien von der Belieferung an einen bestimmten Abnehmer ausgeschlossen würden. Er meint,[2] es müßten vielmehr besondere Umstände hinzukommen, die die Beschränkung eines Dritten unbillig machten und als Mißbrauch der Vertragsfreiheit erscheinen ließen. Schwartz [3] ist sogar der Auffassung, es sei bei der individuellen Prüfung des Einzelfalles meist nicht unbillig, sondern zwangsläufig, daß z.B. Wettbewerbsbrauereien von der Belieferung des Gastwirts X oder die übrigen Mineralölhersteller vom Absatz an die Tankstelle Y ausgeschlossen würden. Schwartz übersieht dabei aber, daß in dem Begriffspaar "unbillig" und "zwangsläufig" kein Gegensatz liegt, sondern die Unbilligkeit gerade aus der Zwangsläufigkeit folgen kann.

III. Abgrenzung zu den wettbewerbsrechtlich unbedenklichen Sukzessivlieferungsverträgen

Verschiedentlich [4] wird auf eine Ähnlichkeit mit den Sukzessivlieferungsverträgen hingewiesen und geltend gemacht, es sei ähnlich wie dort auch bei der Ausschließlichkeitsbindung eine durch die Entscheidung des Abnehmers (bzw. Handelsvertreters) für seinen Dauerlieferanten (bzw. die allein vertretene Firma) auftretende zwangsläufige Folge, daß die anderen denkbaren Lieferanten ihre Absatzchancen verlören.

Das Argument bietet sich in einer nur auf den ersten Blick wirksamen Gleichsetzung von Inhalt und Form.
Der von dem Konkurrenten des Unternehmers als lästig empfundene Inhalt ist bei der Ausschließlichkeitsklausel wie beim Sukzessivlieferungsvertrag, der typischerweise zu einer Bedarfsdekkung des Abnehmers für längere Zeit führt, daß er objektiv von

---

1) in BB 1958/1004 (1006);
2) a.a.O., S.1007;
3) in Müller-Henneberg, § 18 Anm.26;
4) vgl. z.B. Schmidt-Rimpler, Gutachten, S.16; Schwartz, a.a.O.;

einem Geschäftsverkehr mit dem Partner des berechtigten Unternehmers ausgeschlossen ist. Die Form jedoch ist beim Sukzessivlieferungsvertrag ein normales "Austauschgeschäft mit allen seinen Essentialien",[1] während es sich bei der Ausschließlichkeitsklausel darum handelt, den Ausschluß der Konkurrenten vom Markt durch gezielte wettbewerbswirksame Maßnahmen durchzusetzen. Gerade das aber ist vom Gedanken der Wettbewerbsordnung zu beanstanden, wie noch nachzuweisen sein wird.

Der Einwand, daß auch den Sukzessivlieferungsverträgen von Natur aus eine Ausschließlichkeitswirkung im Sinne der Ausschließlichkeitsbindung zukomme, könnte folgerichtig dahin erweitert werden, daß unter die Verträge mit ausschließlicher Wirkung jeder Kaufvertrag fallen könne, da durch jeden Kauf die Mitbewerber des Verkäufers insoweit von der geschäftlichen Tätigkeit ausgeschlossen würden. In der Tat könnte diese Auffassung insbesondere durch einen Hinweis auf Käufe von Investitionsgütern und langlebigen Gebrauchsgegenständen bestätigt werden, die sich der einzelne Käufer vielfach nur einmal anschafft. Damit wäre auch der Dauercharakter der Bindung demonstriert. Der Bundesgerichtshof [2] hat auch tatsächlich einmal diese Meinung vertreten. Er hat in jenem Fall allerdings im Hinblick auf die zur Erörterung stehende Vorschrift des Art.V Ziffer 9 c 2 Ges. Nr.56 hinzugefügt, daß es keiner Frage bedürfe, daß die Erfassung von normalen Kaufverträgen nicht Sinn jener Vorschrift sein solle.

Die Bedenklichkeit dieser Argumentation hat vor allem Rittner[3] aufgezeigt. Der wesentliche Unterschied zwischen einer "echten" Ausschließlichkeitsbindung und der scheinbaren als Folge eines Sukzessivlieferungsvertrages oder sogar eines einzelnen Austauschgeschäftes besteht darin, daß bei Abschluß dieser Geschäfte der Nachfrager (und entsprechend der Anbieter) vom Markte verschwindet, weil sein Bedarf eben gedeckt ist. Die Ausschließlichkeitsbindung hingegen setzt gerade voraus, daß die Nachfrage erhalten bleibt, aber für den Bindenden reser-

---

1) Müller-Gries, § 18 Anm.6; Rittner in Betr. 1957/1118 (1120);
2) in WuW 1952/354;
3) AB, S.40 bis 43 und in Betr. 1957/1118 (1120);

viert wird. Der Gebundene ist also noch Marktteilnehmer, allerdings abgeschirmter, auf einen allein dem Bindenden zustehenden Marktbereich beschränkter, während der Abschluß des Geschäfts ihn sofort als Nachfrager schlechthin ausscheiden läßt. Der Wettbewerbsvorgang hat in diesem Fall in dem Geschäftsabschluß sein vorbestimmtes Ende gefunden;[1] bei der Ausschließlichkeitsbindung wird er durch eine wettbewerbswidrige Maßnahme gestört.

IV. Die Unbilligkeitsklausel

Das Merkmal "unbillig" birgt im Hinblick auf die anderen Unternehmen noch größere Auslegungsschwierigkeiten als in dem Verhältnis zwischen den Vertragsbeteiligten.
Selbst Rittner[2] räumt hier ein, daß das Wörtchen "unbillig", was das Verhältnis zwischen den Vertragsbeteiligten betreffe, sachlichen Wert und Brauchbarkeit habe und sich auch über den Gesichtspunkt reden lasse, ob der Einschränkung eine angemessene Gegenleistung gegenüberstehen solle. Aber für die Beziehungen zu den "anderen Unternehmen" sei es ganz und gar ungeeignet,[3] wenn man nicht von jener Auslegung des Begriffs ganz erheblich abweichen wolle.[4]

1. Bedeutung des Absatz II

Die Auslegungsregel des § 18 Absatz II GWB ist für die Qualifizierung der Einschränkung des dritten Unternehmens ohne Belang. Sie gilt nur für das Innenverhältnis zwischen den Vertragsbeteiligten. Von einer Gegenleistung und von ihrer Angemessenheit kann zwischen Unternehmen, die in keinerlei vertraglichen Beziehungen zueinander stehen, sich in der Mehrzahl der Fälle überhaupt nicht kennen werden, nicht die Rede sein.[5]

---

1) Rittner, AB, S.40;
2) in Betr. 1957/1118 (1121);
3) vgl. auch Schwartz in Müller-Henneberg, § 18 Anm.24;
4) vgl. dazu Zipfel in BB 1958/1004 (1007);
5) vgl. auch Ausschußbericht Hoffmann zu § 13 E, abgedr. bei Müller-Henneberg, S.1186; Markenverband in MA 1957/425 (442);

2. Verhältnis zu § 138 BGB

Wie beim Handelsvertreter kann auch im Verhältnis zum Dritten "Unbilligkeit" nicht mit "Sittenwidrigkeit" gleichgesetzt werden.[1)]
Rittner [2)] ist hier allerdings anderer Ansicht. Er geht davon aus, daß das Wörtchen "unbillig" für die Beziehungen zwischen den "anderen Unternehmen" ganz und gar ungeeignet sei, wenn man ihm nicht einen wesentlich anderen Sinn als in dem Verhältnis zwischen den Vertragsparteien beilegen wolle. Man könne sich wohl nur so helfen, daß man die Rechtsprechung und Lehre zum Begriff der "guten Sitten im geschäftlichen Verkehr", wie sie zu § 1 UWG und zu § 138 BGB entwickelt worden seien, heranziehe.
Rittner muß sich aber einmal entgegenhalten lassen, daß der Begriff "unbillig" in einem Satz nicht unterschiedlich ausgelegt werden kann [3)] und zum anderen, daß ohnehin eine Bezugnahme auf das UWG keine brauchbare Auslegungshilfe gibt.[4)] Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb will die Lauterkeit des Wettbewerbs sichern und sieht als Maßstab für das gegenseitige Verhalten der Mitbewerber die guten Sitten vor. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen dagegen will den Bestand des freien Wettbewerbs sichern. In diesem Falle sind nicht sittliche Anschauungen maßgebend, sondern die tatsächliche Wettbewerbssituation des einzelnen, sei es eines Mitbewerbers oder eines Abnehmers. Daher können nicht nur die mittelbar auf eine Schädigung oder gar die Vernichtung eines bestimmten Dritten gerichteten Bezugsbindungen unbillig sein.

3. Wechselbeziehung zwischen wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit und Marktbeeinträchtigung

Bei dem Merkmal der unbilligen Einschränkung anderer Unternehmen handelt es sich nicht etwa um eine Tautologie zu dem kumulativ gestellten Merkmal der "Beschränkung des Wettbewerbs auf

---

1) Zipfel in BB 1958/1004 (1007);
2) in Betr. 1957/1118 (1121);
3) Zipfel, a.a.O.;
4) Schwartz in Müller-Henneberg, § 18 Anm.25;
Zipfel, a.a.O.;

dem Markt".[1] Die Analyse der Wettbewerbslage des einzelnen Unternehmens kann nämlich sehr wohl zu anderen Ergebnissen führen als die Analyse des Marktes im ganzen; insbesondere braucht der Wettbewerb auf dem Markt nicht "wesentlich beeinträchtigt" zu sein, auch wenn das einzelne Unternehmen in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt ist.

Danach ist es nicht richtig, wenn Gleiss-Lutz [2] und ähnlich offenbar auch Langen [3] meinen, die Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit anderer Unternehmen hänge wie die "wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs" von der tatsächlichen Wirkung ab, die die Ausschließlichkeitsklausel für den Markt habe, also der Außenwirkung der Ausschließlichkeitsklausel.

Mit der eingangs gemachten Feststellung ist weiter bereits die Auffassung Mestmäckers [4] widerlegt, daß Wettbewerbsbeschränkung und unbillige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit in der Regel zusammenfallen. Aber auch seine weiteren Ausführungen,[5] daß die Behinderung um so unbilliger sei, je geringer die verbleibenden Wettbewerbsmöglichkeiten seien, sind - auf die Wettbewerbsmöglichkeiten auf dem Markt bezogen - nicht ohne weiteres richtig. Selbst wenn der Markt nahezu abgeriegelt ist, kann jedoch gerade einem einzelnen Unternehmer noch durchaus die Möglichkeit zu uneingeschränkter wirtschaftlicher Betätigung gegeben sein. Richtig mag allerdings sein, daß die wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs ein Indiz dafür ist, daß Mitbewerber in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt werden.[6]

Mit dem weiteren Argument von Gleiss-Lutz,[7] daß der Unterschied nur darin liege, daß "wesentlich" ein quantitatives, "unbillig" dagegen ein qualitatives Merkmal sei, hat sich auch Zipfel [8] auseinandergesetzt. Er knüpft daran aber zutreffend die Folge-

---

1) Rittner in Betr. 1957/1118 (1121);
2) in AG 1958/128 (130);
3) § 18 Anm.V,1,c;
4) in JZ 1954/621 (623/4);
5) a.a.O., S.624;
6) Gleiss-Lutz in AG 1958/128 (130);
   Zipfel in BB 1958/1004 (1007);
7) a.a.O.;
8) a.a.O.;

rung, daß sich die unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit einzelner Unternehmen schon aus dem einzelnen Vertrag ergeben müsse. Sie könne bur im Einzelvertrag, nicht aber im Bindungssystem gefunden werden, wenn die - zudem kumulative - Gegenüberstellung sinnvoll bleiben solle.

4. Wettbewerbsordnung als Beurteilungsmaßstab

a) Ausgangspunkt

Da der Ansatzpunkt auch hier wie im Verhältnis der Vertragsbeteiligten zueinander in der Frage liegt, ob durch die Ausschließlichkeitsklausel die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit auf dem Markt eingeschränkt wird oder nicht, andererseits aber der Gesichtspunkt einer Gegenleistung oder Gewährung sonstiger Vorteile nicht in Betracht kommt, ergeben sich starke Indizien, daß eine solche Ausschließlichkeitsklausel "per se" auch unbillig ist. Biergans [1] bringt deshalb für dieses Tatbestandsmerkmal folgendes Beispiel, in dem eigentlich nur eine Formulierung zu beanstanden ist: In einem Bereich mit geordneten ruhigen Marktverhältnissen für die Ware Bier richte eine fremde abgelegene Brauerei eine neue Vertretung oder einen Verlag ein. Natürlich werde versucht, Kunden zu werben. Wenn die am Orte und in der Umgebung bestehenden Lieferbeziehungen überwiegend langfristig gebunden seien (was durchaus dem Charakter des Biergeschäfts entspreche), sei das Eindringen der neuen Firma in den Markt und also ihre wirtschaftliche Bewegungsfreiheit - von ihrem Standpunkt unzweifelhaft "unbillig" - eingeengt. Das Beispiel veranschaulicht die eingangs getroffene Feststellung; entgegen Biergans kann allerdings von einer subjektiven Unbilligkeit nicht die Rede sein. Das Merkmal der Unbilligkeit kann auf jeden Fall nur objektiv verstanden werden; die Beurteilung einer Klausel als "unbillig" ist immer das Ergebnis einer Interessenabwägung.

1) in WuW 1954/350 (352);

b) Anerkennung wirtschaftlich berechtigter Gründe ?

Nach den sehr allgemeinen Formulierungen von Gleiss-Lutz [1] sind Ausschließlichkeitsklauseln unbillig, wenn sie die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der anderen Unternehmer mehr beschränken als zur Erreichung des mit ihr verfolgten Zieles nötig sei, mit anderen Worten: wenn die Einschränkung über das für den Berechtigten erforderliche Maß hinausgehe. Hier ist offenbar vor allem die Frage interessant, ob sich auch Bindungen dritter Unternehmer mit wirtschaftlich anerkennswerten Gründen des Bindenden rechtfertigen lassen.

Zipfel [2] meint, unbillig sei, was im Verhältnis des Rechts des einzelnen auf Teilnahme am Wettbewerb - dieses Recht wolle das GWB schützen - und der Interessen des Berechtigten auf Darlehns- und Absatzsicherung wirtschaftlich nicht gerechtfertigt erscheine. Müller-Gries [3] und der Markenverband [4] halten für entscheidend, ob dem Interesse des dritten Unternehmens ein überragendes absatzwirtschaftliches Interesse des bindenden Herstellers oder Händlers gegenüberstehe. Rasch [5] nennt das Interesse der Treibstoffgesellschaften an der Garantiefunktion ihrer Marke.

Zipfel allerdings räumt ohne nähere Untersuchungen nur ein, daß unbillig insbesondere alles sei, was für den Zweck der Darlehns- und Absatzsicherung nicht erforderlich sei, also etwa die Bindung für brauereifremde Waren. Unbillig sei ferner die Ausnutzung wirtschaftlicher Machtstellung, wenn es sich dabei um ein Monopol- oder ein Oligopolunternehmen handele.

Die letzten Gesichtspunkte leuchten ohne weiteres ein; ihnen kann deshalb unbedenklich zugestimmt werden. Im übrigen spielen bei der Behandlung der Auswirkung einer Bindung auf die anderen Unternehmen erkennbar ähnliche Gesichtspunkte eine Rolle wie bei der Abwägung der Interessen der Vertragspartner.[6]

---

1) in AG 1958/128 (130);
2) in BB 1958/1004 (1007);
3) § 18 Anm.13;
4) in MA 1957/425 (440);
5) § 18 Anm.7b;
6) vgl. oben, S. 101 ff.;

aa) Absatzsicherung

Das Argument der Absatzsicherung, so wie Müller-Gries [1] und Zipfel [2] es verstehen, ist allerdings keine echte Alternative zur gezielten Wettbewerbsbeschränkung anderer Unternehmen. Die Garantiefunktion der Marke, von der Rasch [3] spricht, bietet ohnehin keinen Rechtfertigungsgrund für eine Wettbewerbsbeschränkung, wie bereits an anderer Stelle [4] nachgewiesen wurde.

Die Sicherung des Absatzes durch Ausschließlichkeitsklauseln bedeutet allgemein, daß der Unternehmer bestimmte Bereiche des Marktes für sich reserviert, indem er seine Konkurrenten davon ausschließt. Auf den Handelsvertreter bezogen heißt das, daß der Unternehmer seine Mitbewerber daran hindert, diesen Handelsvertreter in ihren Absatz einzuschalten. Damit aber unternimmt er eine Wettbewerbshandlung, durch die dem Mitbewerber die Wahrnehmung wirtschaftlicher Chancen auf dem Markt erschwert werden soll, die also dem Gedanken des GWB zuwiderläuft. Der Gedanke der Sicherung des Absatzes steht für den Bindenden ohnehin stets im Vordergrund, denn jedes Handeln des Unternehmers auf dem Absatzmarkt entspringt seiner Sorge um Sicherung und Ausdehnung des Absatzes. Es sind vergleichsweise nur sehr wenig Fälle, in denen primäres Ziel die absulute Vernichtung des Konkurrenten ist ohne Rückbeziehung auf die eigene Marktstellung.

Dagegen läßt sich auch nicht einwenden,[5] daß kein Unternehmer einen Anspruch darauf habe, mit einem bestimmten Umsatzbeteiligten zusammenzuarbeiten. Rittner verneint allerdings mit Recht den Gesichtspunkt der Billigkeit als entsprechende Anspruchsgrundlage: Die "Billigkeit" gibt nur den Maßstab für die Tragbarkeit oder Mißbilligung der Einschränkung. Grundlagen für einen "Anspruch" des anderen Unternehmers sind auch dem Zivilrecht fremd; sie können aber in der Wettbewerbsordnung gefunden werden.

---

1) § 18 Anm.13;
2) in BB 1958/1004 (1007);
3) § 18 Anm.7b;
4) vgl. oben, S. 101 bis 103, auch S. 24 bis 26;
5) wie es z.B. Rittner, AB, S.83, tut;

Nach dem Zweck des Gesetzes ist der einzelne dagegen geschützt, daß ihm seine Wettbewerbsmöglichkeiten verkümmert werden.[1] Nun besteht aber möglicherweise für einen Unternehmer eine besonders interessante Möglichkeit, seinen Marktanteil gerade dadurch zu vergrößern, daß er sich der Mitarbeit eines bestimmten Handelsvertreters versichert. Wenn dieser Handelsvertreter jedoch bereits an ein anderes Unternehmen ausschließlich gebunden ist, sieht der andere Unternehmer seine Wettbewerbsmöglichkeiten beschnitten. Hinzu kommt, daß der andere Unternehmer meist ein ganzes System von Ausschließlichkeitsbindungen vorfindet, so daß es für ihn nicht nur erschwert, sondern nahezu unmöglich gemacht sein kann, sich auf dem durch Ausschließlichkeitsklauseln zementierten Markt zu rühren oder als newcomer überhaupt Zugang zu finden.[2] Damit kann besonders der Umstand, das Ausschließlichkeitsbindungen in der Branche üblich sind, ein Grund sein, diese Bindungen zu lösen; je verbreiterter das System von Ausschließlichkeitsklauseln, desto dichter ist der Markt abgeriegelt.

Von einer Unbilligkeit kann allerdings vielleicht dann nicht gesprochen werden, wenn für den Konkurrenten Möglichkeiten bestehen, eigene Absatzwege zu erschließen.[3] Entscheidend wird dabei sein, ob es dem Mitbewerber ohne besondere Schwierigkeiten möglich ist, andere Handelsvertreter anzuwerben, den Verkauf über Reisende vorzunehmen, seinerseits zu einer Bindung von Einzelhändlern zu schreiten, zum Direktverkauf überzugehen, oder ein Filialsystem einzurichten, ohne dadurch seine Absatzchancen zu verschlechtern. Diese Wege pflgen jedoch gerade dem kleineren Unternehmen und dem newcomer ohne besondere Kapitalkraft meist verschlossen zu sein.

bb) Investitionsschutz

Bei der Frage, ob von einer Unbilligkeit der Einschränkung im Verhältnis zwischen dem bindenden Unternehmen und dem Handels-

---

1) Gleiss-Lutz in AG 1958/128 (130); Mestmäcker in JZ 1954/621 (623);
2) vgl. Gleiss-Lutz, a.a.O., S.131; Zipfel in BB 1958/1004 (1007);
3) Mestmäcker, a.a.O., S.624;

vertreter bei Berücksichtigung des Gedankens des Investitionsschutzes gesprochen werden könne, wurde darauf abgestellt,[1] ob die Investitionen gleichzeitig einen eigenen Vorteil des Handelsvertreters bedeuteten. Da das aber meistens zu bejahen sein wird, war damit das Merkmal der Unbilligkeit aus dem Gedanken des Absatz II (Gewährung einer Gegenleistung im Sinne der Zuwendung wirtschaftlicher Vorteile) abzulehnen.

In dem Verhältnis zwischen dem bindenden Unternehmen und den durch die Bindung in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkten anderen Unternehmen scheidet dieser Gesichtspunkt jedoch aus. Von einer Gegenleistung oder anderen Zuwendungen wirtschaftlicher Vorteile kann hier naturgemäß keine Rede sein.

Maßgeblich ist, ob der Einwand ausreicht, daß man dem Darlehnsgeber nicht zumuten könne, den Absatz seiner Konkurrenten durch Hingabe eines Darlehns zu fördern.[2] Dieser Gesichtspunkt dürfte jedoch nicht genügend Gewicht haben, um einen Verstoß gegen die Wettbewerbsordnung durch Einschränkung fremder Unternehmen zu rechtfertigen.
Auszugehen ist davon, daß in der Regel nicht die Ausschließlichkeitsklausel das Darlehn sichern soll, sondern das Darlehn gewährt wurde, um einen gesicherten, durch die Ausschließlichkeitsverpflichtung gesicherten Absatz zu erzielen.[3] Aber auch wenn dieses Motiv nicht im Vordergrund gestanden hat, ist doch - bei Würdigung aller erbrachten Kapitalleistung des anderen Vertragsteils - die Wettbewerbsfreiheit nicht ein Grundsatz, der zum Schutze des Finanzierungsrisikos gegenüber den dritten Unternehmen außer Betracht zu bleiben hätte.[4] Dem Unternehmen steht es frei, die Sicherung seines Darlehns nach anderen im Kreditwesen beobachteten Grundsätzen zu betreiben und für die Rendite im Wege der Förderung des Absatzes durch Qualität der Erzeugnisse oder über den Preis oder eine Zinspflicht des Kreditempfängers Sorge zu tragen. Im übrigen darf hierzu auf das verwiesen werden, was oben [5] bereits ausgeführt wurde.

---

1) vgl. oben, S. 103 f.;
2) vgl. OLG Hamburg, Urt.v.3.6.1957 - 8 U 26/57, zit. bei Zipfel in BB 1958/1004 (S.1005, Fußnote 10);
3) vgl. etwa Mestmäcker in JZ 1954/621 (623);
4) vgl. etwa Ewald in BB 1953/307 (309);
5) vgl. S. 77 bis 79;

§ 6 Marktfolgenprüfung

I. Der Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen

Ausschließlichkeitsklauseln können nur dann für unwirksam erklärt werden, wenn durch sie der Wettbewerb auf dem Markt "für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen" wesentlich beeinträchtigt wird. In Betracht kommen hier der Markt für die gewerblichen Leistungen des Handelsvertreters und der Markt für die Waren, die der dritte Unternehmer über den Handelsvertreter absetzen möchte.

1. Die betroffenen Märkte

Der Markt für die gewerblichen Leistungen des Handelsvertreters interessiert den dritten Unternehmer nur mittelbar. Allerdings ist der Wettbewerb der Hersteller oder Händler um die gewerblichen Leistungen des Handelsvertreters mit dem Zustandekommen einer Ausschließlichkeitsklausel neutralisiert, weil der dritte Unternehmer den Handelsvertreter weder durch ein Sortiment interessanter Artikel, noch durch hohe Provision oder andere Umstände, die dem Handelsvertreter eine Zusammenarbeit mit diesem Unternehmer als erfolgreich erscheinen lassen können, dazu bringen kann, mit ihm einen Handelsvertretervertrag abzuschließen. Bei einer Vielzahl von Bindungen kann deshalb der Markt stark eingeengt sein, auf dem die Unternehmer als Nachfrager dem Angebot der gewerblichen Leistungen des Handelsvertreters gegenübertreten. Dagegen läßt sich auch nicht einwenden, dass es nicht nur eine feststehende Anzahl von Handelsvertretern gibt, sondern daß immer neue Personen ihre Dienste als Handelsvertreter anbieten. Abgesehen davon, daß dieses Argument genau so auf die Bindung von Einzelhändlern zutreffen würde, liegt das entscheidende Problem für einen Unternehmer darin, einen gut eingeführten Handelsvertreter zu finden. Ebenso stark nämlich wie durch das Interesse, das der Abnehmer möglicherweise dem Sortiment des Unternehmers entgegenbringt, kann ein Geschäftsabschluß häufig durch traditionelle Geschäftsbeziehungen zwischen ihm und dem Handelsvertreter beeinflußt werden.

Das Entscheidende für den anderen Unternehmer ist die Beeinträchtigung seiner Möglichkeiten zur wirtschaftlichen Betätigung auf dem Markt für sein Sortiment, das er absetzen möchte. Die Beschränkung seiner Wettbewerbsmöglichkeiten um die gewerblichen Leistungen des Handelsvertreters interessieren ihn nur insoweit, als der Vertrag mit dem Handelsvertreter der Schlüssel zum "eigentlichen" Markt ist.

Aus dem Gesetz ergibt sich nicht ohne weiteres, auf welchen dieser beiden Märkte sich die wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu beziehen hat. Es kommt also darauf an, den Markt "für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen" zu bestimmen.

2. Die Zuordnung des Tatbestandsmerkmals

Gleiss-Lutz [1] meinen, die Auslegung der Bestimmung ergebe, daß "diese Waren oder gewerbliche Leistungen" diejenigen seien, die dem gebundenen Teil vom anderen unter der Ausschließlichkeitsverpflichtung geliefert worden seien. "Andere Waren oder gewerbliche Leistungen" seien solche, die der aus der Klausel Verpflichtete nicht von dem Berechtigten beziehe, vielleicht auch nie beziehen werde, die aber doch in die Ausschließlichkeitsbindung aufgenommen worden seien und die er jedenfalls nicht von beliebigen Dritten beziehen dürfe.

Es geht jedoch nicht an, "diese Waren oder Leistungen" auf die Waren oder Leistungen zu beziehen, die - nach den Eingangsworten der Vorschrift - Gegenstand der Verträge sind.[2] Der Handelsvertreter ist gehindert, andere gewerbliche Leistungen (als diejenigen, die er dem vertretenen Unternehmen zur Verfügung stellt) an Dritte abzugeben. Wenn am Ende des Absatz I von dem Markt für "diese" Waren gesprochen wird, können damit grammatisch nur die "anderen Waren oder gewerblichen Leistungen" der Ziffer 2 gemeint sein, die der Handelsvertreter auf Grund der Ausschließlichkeitsbindung nicht abgeben darf. Anders bliebe die Beziehung auch ohne rechten Sinn. Der Wettbe-

1) in AG 1958/128 (129);
2) vgl. Rittner in Betr. 1957/1118 (1121 und Fußnote 91a);

werb über die eingangs genannten Waren oder gewerblichen Leistungen, die also Gegenstand der Verträge sind, kann gar nicht eingeschränkt werden. Hinsichtlich der gewerblichen Leistungen, die der Handelsvertreter dem bindenden Unternehmer erbringt, ist er durch Abschluß des Handelsvertretervertrages als Anbieter dieser gewerblichen Leistungen vom Markt verschwunden. Ein Wettbewerb um diese gewerblichen Leistungen kann also gar nicht mehr bestehen.
Wenn das Gesetz am Ende des Absatz I ergänzend von "anderen" Waren oder gewerblichen Leistungen spricht, so meint es damit die Auswirkung auf andere Märkte als den Markt der gewerblichen Leistungen des Handelsvertreters. Darunter fällt also auch der Markt für die Artikel des Unternehmers. Rittner [1] spricht deshalb zutreffend davon, daß eine Kontroverse darüber, was unter "anderen Waren oder gewerblichen Leistungen" zu verstehen sei, keine allzu große praktische Bedeutung gewinne. Jedenfalls müsse eine Kausalität zwischen Ausschließlichkeitsbindung und Wettbewerbsbeschränkung gegeben sein.

Damit erstreckt sich § 18 Absatz I Ziffer 2 GWB sowohl auf den Markt der gewerblichen Leistungen des Handelsvertreters als auch auf den Markt für die Artikel des dritten Unternehmers: Die Wettbewerbsbeschränkung des dritten Unternehmers auf dem Markt für seine Artikel folgt kausal aus der Bindung des Handelsvertreters, weil der dritte Unternehmer dadurch seines Umsatzbeteiligten beraubt wird.

II. Wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch das Ausmaß solcher Beschränkungen

1. Wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs liegt immer dann vor, wenn den Mitbewerbern des Bindenden der Zugang zum Markt erschwert wird. Um jedoch eine uferlose Ausweitung der unter § 18 GWB fallenden Tatbestände zu vermeiden, soll das Merkmal "wesentlich" sicherstellen, daß Bagatellfälle von vorneherein ausgeschieden werden.[2]

---

1) in Betr. 1957/1118 (1121);
2) vgl. etwa Markenverband in MA 1957/425 (444);

Wann eine Einschränkung wesentlich und damit im Sinne des § 18 GWB erheblich ist, wird davon abhängig zu machen sein, welche Anstrengungen dritte Unternehmen auf sich nehmen müssen, um auf dem Markt Fuß zu fassen oder ihren Marktanteil auszuweiten, wobei diese Schwierigkeiten kausale Folge der bereits bestehenden Ausschließlichkeitsbindungen sein müssen.
Im Hinblick auf dieses Erfordernis machen es sich jedoch das Landgericht Stuttgart [1] und Schwartz [2] zu einfach, wenn sie meinen, da z.B. die Möglichkeit, Tankstellen einzurichten, nahezu unbegrenzt sei, stelle das vom einzelnen Hersteller durchgeführte System von Ausschließlichkeitsbindungen theoretisch keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Treibstoffmarkt oder für die gewerbliche Leistung dar, die die Tankstellenanwärter anbieten wollten. Gerade dieser Weg ist nämlich kapitalschwächeren kleinen Unternehmen und newcomern oft versperrt, obwohl ihre Treibstoffe oder anderen Waren durchaus marktgerecht ausgestattet sein können.

2. Das Ausmaß solcher Beschränkungen

Mit dem Ausdruck "Ausmaß solcher Beschränkungen" ist offenbar nicht nur das Marktgewicht des einzelnen Bindungsvertrages, der gerade im Hinblick auf die Bindung des Handelsvertreters praktisch bedeutungslos sein dürfte, sondern eines etwaigen Bindungssystems gemeint. Fraglich erscheint aber, ob dabei nur auf das Bindungssystem des betreffenden Unternehmens abgestellt ist oder ob die Bedeutung sämtlicher auf dem betreffenden Markt bestehender derartiger Bindungen, gleichgültig, ob die Vertragspartner dieselben sind, maßgebend zu sein hat.
Schwartz [3] hält diese zweite Alternative für zu weitgehend, da das auf eine Privilegierung derjenigen hinauslaufen würde, die zuerst gebunden hätten. Das ist jedoch unzutreffend. Die Kartellbehörde ist nicht verpflichtet, die zeitlich letzte Bindung für unwirksam zu erklären. Da das Merkmal die Wettbewerbslage auf dem betreffenden Markt zum Gegenstand hat, dürften die Häu-

1) in NJW 1952/827;
2) in Müller-Henneberg, § 18 Anm.31;
3) a.a.O., Anm.29;

figkeit und wirtschaftliche Bedeutung sämtlicher derartiger Beschränkungen auf dem betreffenden Markt gemeint sein.[1] Danach kommt es also entgegen der Auffassung von Schwartz nicht darauf an, ob die Vertragspartner dieselben sind oder ob die Bindungen sich gleichen. "Wesentlich" soll eine Erstarrung des Marktes durch eine verbreiterte Praxis solcher Beschränkungen bedeuten.[2]

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Arbeit sollte dazu dienen, Anhaltspunkte für eine Beurteilung von Ausschließlichkeitsklauseln in Handelsvertreterverträgen zu geben, wobei das Augenmerk vor allem auf das Verhältnis dieser Klauseln zu der Regelung in § 18 GWB zu richten war.

Es liegt in der Eigenart und in der Vielfältigkeit dieser Beziehungen, daß allgemeingültige Regeln nicht aufgestellt werden konnten. Es war jedoch vor allem aufzuzeigen, daß Ausschließlichkeitsklauseln in Handelsvertreterverträgen grundsätzlich den Tatbestand des § 18 GWB erfüllen und deshalb von der Kartellbehörde im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht für unwirksam erklärt werden können.

Ob eine Bindung im Einzelfall zu beanstanden ist oder als unbedenklich angesehen werden kann, ist allein eine Frage der Subsumtion der konkreten Umstände unter die Tatbestandsmerkmale des § 18 GWB, insbesondere der Unbilligkeits- und vor allem der Marktfolgenprüfung.

---

1) Rasch, § 18 Anm.5; Rittner in Betr. 1957/1118 (1121); Zipfel in BB 1958/1004 (1007); offenbar auch Risse in WuW 1957/752 (756);
2) Rittner, a.a.O.;

Lebenslauf

Ich wurde am 25. Juni 1935 als Sohn des Kaufmanns Hans Birkhahn und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Heinig, in Hamburg geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in Hamburg, Kläden (Altmark) und Kiel von 1941 bis 1946 und der Oberrealschule in Kiel und Hamburg bestand ich Ostern 1954 die Reifeprüfung an der Oberrealschule Barmbek-Uhlenhorst in Hamburg. Anschließend studierte ich neun Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten in Köln, Freiburg, Innsbruck und Hamburg, wo ich am 12. Januar 1959 die erste juristische Staatsprüfung mit der Note "befriedigend" ablegte. Seit dem 1. April 1959 bin ich Referendar in Hamburg.